

# Revue de DROIT

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

**Volume 26 – Numéro 1**

**Année :** 1995-1996

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12865>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12865>

*Page vide laissée intentionnellement.*

<b>L'ENDETTEMENT DE L'ENTREPRISE AU QUÉBEC: PARAMÈTRES JURIDIQUES .....</b>	<b>1</b>
Par Vilaysoun LOUNGNARATH, jr	
<b>L'ENDETTEMENT EN DROIT AGRICOLE CANADIEN .....</b>	<b>45</b>
Par Jane MATTHEWS GLENN	
<b>LES TÉMOINS DE JÉHOVAH ET LE REFUS DE CERTAINS TRAITEMENTS : PROBLÈMES DE FORME, DE CAPACITÉ ET DE CONSTITUTIONNALITÉ DÉCOULANT DU « CODE CIVIL DU QUÉBEC » .....</b>	<b>77</b>
Par Robert P. KOURI Charlotte LEMIEUX	
<b>L'IMPOSITION DU TICKET MODÉRATEUR DANS LE SYSTÈME DE SANTÉ DES PROVINCES : QUI DÉCIDE? LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL OU LE GOUVERNEMENT PROVINCIAL?.....</b>	<b>131</b>
Par Jacques MAZIADE	
<b>QUESTIONNEMENT SUR LA DÉNONCIATION D'UNE PIÈCE : PEUT-ELLE CONSTITUER UNE COMMUNICATION COMPLÈTE? .....</b>	<b>195</b>
Par Jacques J. ANCTIL	
<b>Notes bibliographiques</b>	
<b>« L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS AU POUVOIR JUDICIAIRE » .....</b>	<b>209</b>
Par Pierre BLACHE	
<b>« LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE DANS LE CONTEXTE MÉDIATIQUE : DE WARREN ET BRANDEIS À L'INFOROUTE ».....</b>	<b>213</b>
Par René PEPIN	
<b>« LA REQUÊTE EN JUGEMENT DÉCLARATOIRE EN DROIT PUBLIC QUÉBÉCOIS » .....</b>	<b>217</b>
Par Geneviève CARTIER	

*Page vide laissée intentionnellement.*

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'ENDETTEMENT DE L'ENTREPRISE AU QUÉBEC : PARAMÈTRES JURIDIQUES

**Auteur(s) :** Vilaysoun LOUNGNARATH, jr

**Revue :** RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 1

**Pages :** 1-44

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12856>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12856>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# L'ENDETTEMENT DE L'ENTREPRISE AU QUÉBEC : PARAMÈTRES JURIDIQUES\*

par Vilaysoun LOUNGNARATH, jr\*\*

*Privilégiant une approche synthétique, l'auteur cherche à cerner les principaux paramètres juridiques de l'endettement de l'entreprise au Québec. Il s'intéresse d'abord au contrôle légal et judiciaire de l'endettement de l'entreprise. Puis, il livre quelques réflexions sur le domaine de la notion juridique de dette, en insistant sur la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque Commerciale Canadienne. Trois autres thèmes sont abordés : l'endettement d'un groupe de sociétés, les sûretés générales conventionnelles et le redressement de l'entreprise excessivement endettée.*

---

*Through a synthetic approach, the writer sets out the main legal parameters of corporate debt in Quebec. First, the legal regulation of corporate debt is broadly examined. In the second part, some remarks are made on the extension of the legal notion of corporate debt, with an emphasis on the Supreme Court decision in Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank. Three other topics are discussed : the debt of partnerships or of corporate entities, contractual general securities and the reorganization of financially distressed businesses.*

- 
1. La présente étude est basée sur un rapport qui a été présenté aux Journées internationales de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, à Buenos Aires, en 1995.
  2. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal; membre du Barreau du Québec et du Barreau de l'état de New York. L'auteur tient à remercier Monsieur Rudi Arès pour son travail d'assistance de recherche.

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	5
<b>I. Le contrôle légal et judiciaire de l'endettement de l'entreprise</b>	6
A- Les limites juridiques à la capacité d'endettement : contraintes extrinsèques à l'entreprise	6
1- Une politique de non-interventionnisme dans la capitalisation de l'entreprise	6
2- Un contrôle indirect de l'endettement de l'entreprise via la réglementation prudentielle et la surveillance des institutions financières	7
B- Les mécanismes de contrôle de l'endettement intrinsèques à la société par actions	9
1- L'organisation du pouvoir d'emprunter et de consentir une sûreté dans la société par actions	9
2- L'actionnaire et l'endettement de l'entreprise dans le schéma du droit commun	10
3- Le recours statutaire pour oppression de l'actionnaire et l'endettement de l'entreprise	11
C- La responsabilité civile du prêteur eu égard à la décision d'octroyer un crédit	13
D- Les limites juridiques relatives aux modalités et aux conditions de l'endettement de l'entreprise	14
<b>II- Le domaine de la notion juridique de dette</b>	16
A- Qualification juridique de l'apport externe : dette ou capitaux propres?	16
1- Principes généraux	16
2- La décision <i>Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque commerciale canadienne</i>	18
B- Le traitement comptable et le processus de qualification	20
C- La thèse de l'« <i>equitable investment</i> » et l'article 139 de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i>	21
D- Les quasi-fonds propres	22



<b>III-</b>	<b>L'endettement d'un groupe de sociétés</b> .....	23
A-	L'hégémonie de la doctrine du voile corporatif .....	23
B-	La «subordination reconnue en <i>equity</i> » .....	25
<b>IV-</b>	<b>Les sûretés générales conventionnelles</b> .....	26
A-	Le <i>Code civil du Québec</i> et les sûretés générales conventionnelles .....	26
B-	Les sûretés de la <i>Loi sur les banques</i> .....	30
<b>V-</b>	<b>Le redressement de l'entreprise excessivement endettée</b> .....	31
A-	La réalisation des sûretés et la théorie de l'abus des droits contrac- tuels .....	31
B-	La technique de l'« <i>in-substance defeasance</i> » .....	32
C-	La procédure concordataire de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> .....	34
D-	Le redressement de l'entreprise à l'extérieur de la faillite : la <i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i> .....	37
E-	L'arrangement de l'article 192 de la Loi sur les sociétés par actions .....	41
F-	L'action privilégiée dite «de détresse» .....	42
	<b>CONCLUSION</b> .....	43



## INTRODUCTION

Au nord du 45<sup>e</sup> parallèle, les gouvernements ne sont pas les seuls à être endettés. En effet, le poids de l'endettement dans le bilan de l'entreprise canadienne s'est accru sensiblement au cours de ces dernières années. Le ratio des dettes à l'avoir pour l'ensemble des entreprises canadiennes est ainsi passé de moins de 1.00 en 1987 à plus de 1.2 en 1992, pour osciller, depuis, autour de cette valeur. Certes, les effusions boursières du milieu de la décennie quatre-vingt expliquent en partie les ratios d'endettement peu élevés pour l'entreprise canadienne de cette période. Néanmoins, une tendance de fond se dessine : les ratios d'endettement de l'entreprise canadienne se maintiennent, depuis 1992, à des niveaux supérieurs à ce qui avait été enregistré au tout début de la décennie précédente.<sup>1</sup> Non pas que ce tableau témoigne d'un malaise ou d'un vent de prodigalité : l'emprunt employé aux fins de moderniser l'usine, d'améliorer le réseau de distribution, de soutenir la croissance des ventes ou d'intégrer de nouvelles technologies doit bien avoir quelques vertus pour l'entreprise et la société en général. Ces quelques chiffres ont cependant le mérite de révéler l'actualité du thème de l'encadrement juridique de l'endettement de l'entreprise, objet de la présente étude.

Les paramètres juridiques de l'endettement de l'entreprise appartiennent à trois sous-systèmes : d'abord, l'ensemble des règles se rapportant au financement par emprunt et aux sûretés propres à l'entreprise; ensuite, le droit des sociétés;<sup>2</sup> enfin, les lois régissant la faillite et l'insolvabilité. Au coeur de ces trois ordres juridiques se trouvent deux instruments relativement nouveaux : le *Code civil du Québec*, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994 et la nouvelle *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, adoptée en 1992.

Cette étude propose une vue d'ensemble de l'encadrement juridique de l'endettement de l'entreprise au Québec. Elle est divisée en cinq grandes

- 
1. STATISTIQUES CANADA, «Statistiques financières trimestrielles des entreprises», numéro 61-008 au catalogue, 1994, p. 19; voir aussi R.A. BREALEY, S.C. MYERS et P. LAROCHE, *Principes de gestion financière des sociétés*, 2e édition, Saint-Laurent, McGraw-Hill, 1992, (traduction) pp. 515 à 520.
  2. Cette étude s'intéresse essentiellement à l'entreprise constituée en société par actions ou, pour employer le synonyme québécois, en compagnie. Par ailleurs, nous privilégierons l'examen de la législation fédérale sur les sociétés par actions.

parties : 1) le contrôle légal et judiciaire de l'endettement de l'entreprise; 2) le domaine de la notion juridique de dette; 3) l'endettement du groupe de sociétés; 4) les sûretés générales conventionnelles; 5) le redressement de l'entreprise excessivement endettée.

## **I. Le contrôle légal et judiciaire de l'endettement de l'entreprise**

### **A- Les limites juridiques à la capacité d'endettement : contraintes extrinsèques à l'entreprise**

#### **1- Une politique de non-interventionnisme dans la capitalisation de l'entreprise**

Au Québec, l'État s'est abstenu de fixer des limites quantitatives au niveau de l'endettement de l'entreprise industrielle ou commerciale. Il n'a pas non plus prescrit dans ses lois des critères qualitatifs ou des procédures d'examen visant à contrôler le volume d'endettement de l'entreprise. Cette forme de non-interventionnisme n'a rien d'étonnant : le Québec est une société dont les usages et traditions commerciaux restent fortement influencés par les institutions du capitalisme nord-américain, dont la culture dominante est marquée par de fortes réticences à l'égard de toute manifestation interventionniste dans les fonctions internes de l'entreprise.<sup>3</sup> Les législateurs québécois et fédéral estiment que le cadre d'un marché libre, où interagissent

---

3. Si cette culture est dominante chez le puissant voisin du Sud, elle ne recueille tout de même pas un assentiment unanime. Ainsi, l'économiste américain John Kenneth Galbraith souligne que la vague d'offres publiques d'achat inamicales et de prises de contrôle financées par endettement, qui a déferlé sur les États-Unis dans les années 80, a acculé à la banqueroute un nombre significatif d'entreprises pourtant saines et bien établies; selon l'universitaire, les dégâts auraient été moindres si l'État avait instauré des contrôles légaux ou administratifs de l'endettement. Dans *La république des satisfaits, la culture du contentement aux États-Unis* (J.K. GALBRAITH, *La république des satisfaits, la culture du contentement aux États-Unis*, Paris, Éditions du Seuil, 1993, à la page 174), le réputé pamphlétaire s'exprime comme suit : «La grande folie des fusions et achats d'entreprises des années quatre-vingt aurait pu être étouffée dans l'oeuf par une législation qui aurait exigé des auditions et une période d'attente pour toute substitution massive d'une dette à des fonds propres - caractéristique universelle du raid boursier et autres fusions et OPA. L'effet restrictif que la dette et les paiements d'intérêt ont exercé sur l'investissement et la productivité de tant de sociétés et les multiples faillites qui ont été enregistrées auraient ainsi été évitées au moindre coût.»

prêteurs, investisseurs et entreprises à la recherche de leur meilleur intérêt individuel, est «sociétalement» préférable à l'application d'une norme étatique pour l'élaboration de la structure du capital. D'ailleurs, la structure du capital idéale pour une entreprise dépend des circonstances propres à chaque espèce; une approche pragmatique, souple, est toute indiquée et, à ce titre, la supériorité du marché sur le dirigisme apparaît difficilement contestable. Qui plus est, les théoriciens n'ont pas, jusqu'à présent, esquissé de modèle satisfaisant susceptible de servir d'assises à une norme générale convenant à une pluralité de contextes d'affaires.<sup>4</sup> Le non-interventionnisme se justifie aussi par l'hypothèse que l'entreprise dispose de l'expertise et de l'expérience pour négocier avec ses banquiers et évaluer les conséquences de choix financiers, de même que les risques associés à ces choix; dans la même veine, on plaide qu'il ne relève pas de la mission de la puissance publique de protéger l'entreprise contre sa propre bêtise, son manque de jugement ou sa témérité. De plus, des limites rigides au financement par voie d'emprunt pourraient décourager l'esprit d'initiative et nuire à l'expansion de la petite et moyenne entreprise québécoise, celle-ci disposant d'un accès limité au capital de risque. Enfin, les législateurs sont sans doute confortés dans leurs choix par le conservatisme notoire des banques, partiellement explicable par la structure fortement oligopolistique du système bancaire canadien.

## **2- Un contrôle indirect de l'endettement de l'entreprise via la réglementation prudentielle et la surveillance des institutions financières**

Les lois du capitalisme ne s'appliquent pas dans toute leur rigueur et leur amplitude aux institutions financières québécoises et canadiennes. En effet, celles-ci évoluent à l'intérieur de cadres réglementaires, somme toute assez exigeants, et leurs activités sont supervisées par diverses autorités administratives. La plus importante d'entre elles est un organisme fédéral, le *Bureau du surintendant des institutions financières*. Le choix de réglementer les institutions financières s'explique notamment par le rôle crucial joué par celles-ci dans l'intermédiation des capitaux, une fonction névralgique dans l'économie d'un pays. Elle tient aussi à la volonté de l'État de contenir les effets pervers de la structure oligopolistique du système financier canadien; car toute

---

4. R.A. BREALEY, S.C. MYERS et P. LAROCHE, *op. cit.*, note 1, pp. 661-713.

structure oligopolistique a le défaut de concentrer le pouvoir, ce qui peut éventuellement se traduire par une diminution du bien-être collectif, des inégalités économiques et une baisse de la qualité de la vie démocratique.

Par le jeu du cadre réglementaire des institutions financières, l'endettement de l'entreprise se trouve à être indirectement soumis à une forme de contrôle étatique. Ainsi, selon l'article 465 de la *Loi sur les banques*, le conseil d'administration d'une banque a le devoir de gérer le portefeuille de placements et de prêts de la banque selon des principes, normes et procédures établis sur le modèle de la personne prudente.<sup>5</sup>

La directive B1,<sup>6</sup> datée de janvier 1993, met en relief des facteurs que la direction et le conseil d'administration d'une institution financière de régime fédéral devraient considérer dans l'élaboration et la mise en oeuvre des politiques, normes et procédures relatives à ses investissements et à ses prêts. Il ressort clairement de la directive B1 que la norme de la personne prudente et raisonnable se rapporte à la gestion de l'agrégat des actifs financiers; d'ordre macroscopique, cette norme devrait toutefois, en toute logique, se répercuter sur le rapport particulier entre l'institution prêteuse et l'entreprise.

Dans le même ordre d'idées, signalons que le *Bureau du surintendant des institutions financières* a édicté la directive B2, un texte normatif sur les prêts d'envergure. La directive B2<sup>7</sup> s'adresse aux banques à charte et pose notamment que, sauf exception spécifiquement prévue, le risque total assuré en regard d'un emprunteur donné ne doit pas excéder vingt-cinq pour cent du capital total de la banque.

---

5. *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46 [ci-après L.B.].

6. Directive B1 reproduite dans TORY TORY DESLAURIERS & BINNINGTON, *Consolidated Bank Act and Regulations 1994*, 6<sup>e</sup> éd. Scarborough, Carswell, 1994, pp. 432-436 (janvier 1993).

7. *Ibid.*, pp. 437-440.

## **B- Les mécanismes de contrôle de l'endettement intrinsèques à la société par actions**

### **1- L'organisation du pouvoir d'emprunter et de consentir une sûreté dans la société par actions**

En principe, le conseil d'administration de la société de régime fédéral n'a pas à obtenir l'autorisation des actionnaires pour contracter un emprunt ou grever d'une sûreté les biens de la société.<sup>8</sup> L'assentiment des actionnaires ne sera requis que s'il est prescrit par une disposition des statuts constitutifs, des règlements de la société ou d'une convention unanime des actionnaires.<sup>9</sup> La *Loi sur les compagnies du Québec*<sup>10</sup> retient un système différent : tout comme dans le schéma de la L.S.A., le pouvoir d'emprunt et de consentir des sûretés est exercé par le conseil d'administration et mis en oeuvre individuellement pour chaque cas par l'adoption d'une résolution; ce pouvoir doit cependant s'appuyer sur un règlement général approuvé par les actionnaires.<sup>11</sup>

Une alternative s'offre à la société de régime québécois. En effet, le pouvoir d'emprunter et de consentir des sûretés peut être conféré au conseil d'administration par l'insertion d'une disposition habilitante dans les lettres patentes<sup>12</sup> ou dans les statuts constitutifs,<sup>13</sup> ce qui est la règle en pratique.<sup>14</sup>

La L.S.A. et la L.C.Q. autorisent toutes deux le conseil d'administration à déléguer à des dirigeants ou des administrateurs particuliers le pouvoir d'emprunter et de consentir des sûretés.

---

8. *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, art. 189 [ci-après L.S.A.].

9. *Ibid.*

10. *Loi sur les compagnies du Québec*, L.R.Q., c. C-38 [ci-après L.C.Q.].

11. *Ibid.*, art. 77 L.C.Q. et art. 123.6(2) L.C.Q.

12. *Ibid.*, art. 8 L.C.Q.

13. *Ibid.*, art. 123.13 L.C.Q.

14. M. MARTEL et P. MARTEL, *La compagnie au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 802.

## **2- L'actionnaire et l'endettement de l'entreprise dans le schéma du droit commun**

Au regard des principes du droit commun, il est hautement improbable qu'un actionnaire parvienne à contester avec succès un acte du conseil d'administration dont la conséquence est d'accroître l'endettement de l'entreprise, au simple motif que la décision est viciée par l'incompétence ou l'erreur de jugement, ou encore qu'il s'agit là d'un mauvais calcul économique ou commercial. Si le droit commun place sur l'administrateur de société une obligation de soin, de prudence et de diligence, celle-ci est, somme toute, peu contraignante. En effet, elle se trouve à être fortement relativisée par les profondes réticences des tribunaux nord-américains, y compris québécois, à l'idée de s'immiscer dans la marche des affaires d'une société et de contrôler la légalité d'une décision du conseil d'administration en fonction d'opinions profanes sur sa valeur économique ou commerciale.<sup>15</sup> La politique judiciaire dominante en Amérique du Nord en est donc une de retenue. En principe, le juge présumera la régularité de la décision des administrateurs; il s'abstiendra de remettre en question le jugement économique ou commercial qui lui est sous-jacent. De même, il se refusera à engager la responsabilité civile personnelle de l'administrateur, même en regard d'une décision qui, de toute évidence, traduit un manque de clairvoyance, voire de compétence.<sup>16</sup>

Dans des circonstances extrêmes, caractérisées par la mauvaise foi de la direction, les conflits d'intérêts ou la négligence outrageusement grossière, il serait sans doute théoriquement possible d'assimiler l'alourdissement de la dette de l'entreprise à un manquement à l'obligation de loyauté de l'administrateur.<sup>17</sup>

---

15. B. WELLING, *Corporate Law in Canada - The Governing Principles*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1991, pp. 329-336; M. MARTEL et P. MARTEL, *ibid.*, p. 503; J. TURGEON, «Les mesures défensives du conseil d'administration face à une offre publique d'achat», dans R. CRÊTE, *Les mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat au Canada : aspects juridiques et financiers*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1991, p. 155; V. LOUNGNARATH, «Le droit applicable à l'offre publique d'achat au Québec : une entreprise de synthèse», (1994) 35 *C. de D.* 199, 249.

16. M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 14, p. 584.

17. L'obligation de loyauté de l'administrateur est l'équivalent en droit civil québécois des *fiduciary duties* de la *Common Law* : voir M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 14, p. 506. Voir article 322(2) du *Code civil du Québec* [ci-après C.c.Q.] qui affirme cette obligation de loyauté.



Divers recours permettraient alors d'engager la responsabilité civile des administrateurs ou d'obtenir la nullité de l'acte. Dans la même veine, il est à signaler que dans l'affaire ontarienne *Re Palmer and Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, le tribunal a vu dans une fusion, dont l'effet était d'accroître la dette indirectement assumée par les détenteurs d'une catégorie d'actions, un manquement à l'obligation de loyauté de l'administrateur.<sup>18</sup>

### **3- Le recours statutaire pour oppression de l'actionnaire et l'endettement de l'entreprise**

Le recours pour oppression de l'article 241 L.S.A. représente une piste plus intéressante que le droit commun pour le détenteur de titres désireux d'attaquer une action de la direction ayant pour conséquence d'alourdir le passif de la société. En effet, la décision *Re Palmer and Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.* permet d'envisager l'emploi de ce recours statutaire lorsqu'il est établi que l'accroissement de la dette déprécie la valeur des titres du requérant.

En vertu de l'article 241 L.S.A., un actionnaire ou tout autre détenteur de titres peut requérir l'intervention du tribunal lorsqu'une société ou son conseil d'administration accomplit un acte préjudiciable à ses intérêts ou abusif à son égard. Le schéma du recours de l'article 241 L.S.A., maladroitement désigné recours pour oppression de l'actionnaire, donne au juge une vaste discrétion dans l'élaboration des voies de redressement; il peut notamment condamner personnellement les dirigeants à réparer le préjudice subi, ou encore soulever le voile corporatif et atteindre l'actionnaire exerçant le contrôle. L'article 241 L.S.A. est plus qu'un mécanisme procédural, car au fil de ses applications jurisprudentielles, il s'est érigé autour de ce recours un régime de droit substantiel autonome par rapport au droit commun, même s'il en emprunte plusieurs éléments. Le recours pour oppression de l'actionnaire est centré sur le préjudice subi par l'actionnaire et, suivant cette logique, il peut contrer des actes ou des omissions qui ne sont pas empreints de mauvaise foi ou qui se localisent à l'extérieur du domaine des manquements à l'obligation de loyauté de l'administrateur.

---

18. *Re Palmer and Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, (1989) 67 O.R. (2d) 161, 172 (H.C.).

La toile de fond de l'affaire *Re Palmer and Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.* est une prise de contrôle financée par endettement, suivie d'une opération de fusion. Le tribunal s'est fondé sur le recours statutaire pour oppression de l'actionnaire<sup>19</sup> afin de sanctionner une opération dont l'effet était d'accroître l'endettement assumé indirectement par un groupe de porteurs de titres. La société I.X.L., filiale à part entière de la société australienne Elders, fit l'acquisition, par la voie d'une offre publique d'achat, de la totalité des actions ordinaires de la société *Carling O'Keefe Limited* (COL). Cette dernière détenait à part entière la société *Carling O'Keefe Breweries* (COB). Après cette acquisition, COL proposa de modifier ses statuts constitutifs de manière à racheter les actions privilégiées à un prix au-dessus de la valeur marchande du titre, mais inférieur au prix de rachat existant. La proposition fut battue. On revint à la charge avec un projet de fusion verticale simplifiée entre COL, I.X.L. et COB. La fusion entraînait l'échange des actions privilégiées de COL contre des actions privilégiées d'une nouvelle société, issue de la fusion. Un groupe de détenteurs d'actions privilégiées contesta cette fusion au motif qu'ils se trouvaient à assumer une dette supplémentaire de 400 millions de dollars, sans que ne leur soit versée une compensation quelconque en retour. Les requérants alléguèrent que l'opération de fusion leur conférait des titres de moindre valeur, d'où le préjudice. Le tribunal accueillit le recours statutaire pour oppression des détenteurs d'actions privilégiées et ordonna à la société issue de la fusion de racheter les actions privilégiées au prix de rachat initialement prévu dans les statuts constitutifs.

Enfin, le professeur Ziegel s'appuie sur «a small but growing number of cases»<sup>20</sup> pour avancer la thèse que le créancier ordinaire d'une société de régime fédéral peut se prévaloir du recours pour oppression de l'article 241 L.S.A. en regard d'une action dont l'effet est de réduire la valeur ou la qualité de sa créance. En théorie, cette configuration de l'article 241 L.S.A. munit le créancier ordinaire d'un instrument pour combattre un état extrême de sous-capitalisation ou une utilisation outrancière de l'effet de levier. En effet, la sous-capitalisation et l'effet de levier augmentent le risque financier d'une

---

19. Le recours statutaire pour oppression de l'actionnaire était intenté, dans cette affaire, en vertu de l'article 247 du *Ontario Business Corporation Act*, S.O. 1982, c. 4; ce recours est un clone du recours de l'article 241 L.S.A.

20. J.S. ZIEGEL, «Creditors as Corporate Stateholders : the Quiet Revolution — an Anglo-Canadian Perspective», (1993) 43 *University of Toronto Law Journal* 511, 512.

entreprise et diminuent ainsi la valeur ou la qualité des droits des créanciers ordinaires.

**C- La responsabilité civile du prêteur eu égard à la décision d'octroyer un crédit**

En droit français, il est accepté que la responsabilité extra-contractuelle du banquier puisse être engagée en rapport avec l'octroi d'un crédit à une entreprise, et cela, suivant les principes de droit commun. Le tiers au contrat bancaire a ainsi la faculté de poursuivre le banquier qui a consenti un prêt inapproprié, sans s'être préalablement livré à une appréciation de l'utilité et de l'opportunité du crédit. Le banquier est aussi vulnérable au plan de la responsabilité civile professionnelle s'il a contribué à la solvabilité apparente de l'entreprise en octroyant un crédit imprudent. De même, le banquier pourrait, selon certains scénarios, se voir reprocher une faute extra-contractuelle s'il s'engage dans un financement auquel se rapportent des risques interdits, intrinsèquement mauvais ou excessifs.<sup>21</sup>

Au Québec, les tribunaux ne semblent pas convaincus des mérites d'un contrôle de l'octroi du crédit à l'entreprise effectué par le biais du mécanisme de la responsabilité civile extra-contractuelle et, conséquemment, ils se sont abstenus d'emprunter cette voie. Il ne se profile pas non plus de construction doctrinale indigène pouvant servir de support à cette forme d'interventionnisme judiciaire. Les solutions élaborées par la doctrine et la jurisprudence françaises n'ont donc pas été intégrées au droit civil québécois. Il serait étonnant que cette donnée soit modifiée par l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

---

21. C. GALVADA, «La responsabilité du banquier en cas de faillite de l'entreprise financée», dans *La survie des entreprises privées en difficulté*, Montréal, Wilson & Lafleur/ Éditions SOREJ, 1982, pp. 275-287; L. LILKOFF, «La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit québécois», (1985) 19 *R.J.T.* 145, 148-150.

## **D- Les limites juridiques relatives aux modalités et aux conditions de l'endettement de l'entreprise**

Au chapitre des modalités et des conditions du financement de l'entreprise, la liberté contractuelle domine. Les principales restrictions à cette liberté touchent l'intérêt exigible, en particulier la divulgation de l'intérêt exigible. Elles se trouvent principalement énoncées dans la *Loi concernant l'intérêt*,<sup>22</sup> une loi fédérale qui doit, d'après la Cour suprême du Canada, recevoir une interprétation restrictive.<sup>23</sup>

Les lois et règlements particuliers régissant les diverses catégories d'institutions financières — notamment la *Loi sur les banques* — comportent aussi des dispositions sur la divulgation de l'intérêt exigible et sa méthode de calcul.<sup>24</sup>

---

22. L.R.C. 1985, c. I-18. [ci-après L.I.].

23. *London Loan and Savings Co. of Canada c. Meagher*, [1930] R.C.S. 378, 382; *Asconi Building Corp. and Vermette*, [1947] R.C.S. 358, 366. Quant à la teneur des restrictions contenues dans la loi, mentionnons que l'article 4 L.I. pose qu'un contrat stipulant un intérêt payable à un taux ou à un pourcentage correspondant à une période inférieure à un an devra énoncer le taux équivalent calculé sur une base annuelle. Autrement, aucun intérêt supérieur au taux ou pourcentage de cinq pour cent n'est exigible. Cette disposition ne s'applique pas à l'hypothèque immobilière, cas traité à l'article 6. En outre, l'article 4 L.I. ne s'applique qu'aux contrats stipulant un taux ou un pourcentage d'intérêt dont la base est une période inférieure à un an; une disposition conventionnelle établissant que l'intérêt est calculé et payable mensuellement ne va pas, à elle seule, placer le contrat en cause dans le champ d'application de l'article 4 L.I. : *Bank of Nova Scotia c. Dunphy Leasing Entreprises Limited*, [1994] 1 R.C.S. 552, E.A. FISHER, «Advising on Credit and Lending Activities - Current Developments», dans *Current Developments in Banking*, Toronto, Insight, 1994, pp. 15-16. L'article 6 L.I. vise l'hypothèque immobilière qui garantit un principal ou un intérêt payable par versements périodiques, d'après un système où les versements du principal et de l'intérêt sont confondus ou d'après tout plan ou système comprenant une allocation d'intérêt sur des remboursements stipulés. L'article 6 pose deux grandes exigences. D'abord, l'acte de prêt hypothécaire devra faire mention du capital prêté et du taux d'intérêt exigible à son égard. Ensuite, l'article 6 L.I. prescrit une règle de calcul de l'intérêt : celui-ci devra être calculé annuellement ou semestriellement, mais non d'avance. Voir à ce sujet R. VAILLANCOURT, «Quelques aspects de la *Loi sur l'intérêt*», (1980) *C.P. du N.* 181, 193-199. L'article 8 L.I. concerne les arrérages de créances garanties par hypothèque immobilière. Par cette disposition, les amendes, peines ou intérêts payés en retard sont plafonnés au taux d'intérêt sur le principal non arriéré. Un certain flottement règne quant à la portée réelle de cette disposition : VAILLANCOURT, *ibid.*, 199-201.

24. À titre d'exemple, voir les articles 449 à 454 L.B.; Règlement sur le coût d'emprunt (banques), DORS/92-320, 21 mai 1992.

Par ailleurs, contrevient à l'article 347 du *Code criminel*<sup>25</sup> quiconque conclut une convention ou une entente pour percevoir des intérêts à un taux criminel ou qui perçoit, en totalité ou en partie, des intérêts à un taux criminel. Par taux criminel, il faut entendre un taux d'intérêt effectif de plus de soixante pour cent.<sup>26</sup>

Enfin le *Code civil du Québec* met en place des mécanismes de contrôle des modalités et conditions de conventions de prêt. L'article 1405 C.c.Q. pose comme principe général que la lésion entre majeurs ne vicie pas le contrat. Le prêt portant sur une somme d'argent fait exception à ce principe général : en effet, l'article 2332 C.c.Q. affirme que le tribunal peut, dans le cas du prêt portant sur une somme d'argent, «prononcer la nullité du contrat, ordonner la réduction des obligations qui en découlent ou, encore, réviser les modalités de leur exécution dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'il y a eu lésion à l'égard de l'une des parties».

En outre, s'il s'avère que la convention de prêt est d'adhésion,<sup>27</sup> l'entreprise endettée sera favorisée dans le processus d'interprétation du contrat.<sup>28</sup> Dans certaines circonstances, elle pourra obtenir la révision de certaines clauses contractuelles : la clause externe dont l'entreprise endettée ignorait l'existence au moment de la formation de la convention,<sup>29</sup> la clause illisible ou incompréhensible,<sup>30</sup> et la clause abusive.<sup>31</sup>

---

25. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46.

26. *Ibid.*

27. 1379 C.c.Q.

28. 1432 C.c.Q.

29. 1435 C.c.Q.

30. 1436 C.c.Q.

31. 1437 C.c.Q.

## **II- Le domaine de la notion juridique de dette**

### **A- Qualification juridique de l'apport externe : dette ou capitaux propres?<sup>32</sup>**

#### **1- Principes généraux**

La qualification de dette ou de capitaux propres revêt une importance particulière en matière d'insolvabilité et de faillite. En effet, les droits du détenteur d'un instrument de capital propre sont impérativement subordonnés à ceux des créanciers en cas de faillite ou de liquidation et il est interdit d'altérer cet ordre de priorité.<sup>33</sup>

Si l'émergence d'instruments financiers hybrides n'a pas ébréché la dichotomie juridique traditionnelle de la dette et des capitaux propres, il reste que cela a singulièrement compliqué le processus de qualification et accru sa subjectivité. Quatre grands principes guident l'exercice de qualification; ils émergent de la jurisprudence et en particulier d'une décision récente de la Cour suprême du Canada, *Société d'assurance-dépôt du Canada c. Banque commerciale canadienne*.<sup>34</sup>

Premièrement, la qualification suppose une analyse des conventions et des circonstances orientée vers l'objectif d'identifier l'intention commune des parties.<sup>35</sup>

---

32. Capitaux propres, fonds propres, avoir ou investissement sont considérés comme synonymes; ces expressions correspondent à la terminologie anglaise d'«equity».

33. *Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque commerciale canadienne*, (1992) 7 B.L.R. (2d) 154 (C.S.C.) [ci-après *SADC c. BCC*], 172; *Re Meade*, [1951] 1 ch. 774, [1951] 2 All E.R. 168; *Laronge Realty Ltd. c. Golconda Investments Ltd.*, (1986) 7 B.C.L.R. (2d) 90, 63 C.B.R. (N.S.) 76 (C.A.); *Halsbury's Laws of England*, 4e éd., vol. 3(2), Londres, Butterworths, 1985 p. 315. Ce principe de *Common law*, fermement établi, est pleinement compatible avec le droit civil québécois et en fait sans doute partie intégrante.

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*, 169, 174-175; *La Société coopérative agricole du canton de Granby c. Ministre national du Revenu*, (1961) R.C.S. 671.

Deuxièmement, la substance et les implications économiques de l'instrument financier en cause priment sur sa forme et sa dénomination.<sup>36</sup>

Troisièmement, la réception par le détenteur de l'instrument en cause d'une quote-part des bénéfices milite en faveur de la qualification de capitaux propres, bien qu'une telle caractéristique ne crée pas une présomption absolue que l'on a affaire à un instrument de capitaux propres.<sup>37</sup> Dans l'affaire *Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque commerciale canadienne*, la Cour suprême du Canada a établi une distinction entre, d'une part, la quote-part des bénéfices et, d'autre part, l'identification spécifique des bénéfices de l'entreprise comme l'une des sources de remboursement de la somme avancée. Ce dernier facteur ne permet pas, à lui seul, de conclure à la qualification de capitaux propres.<sup>38</sup> À l'instrument de dette se rattache d'ordinaire une obligation contractuelle de faire des paiements déterminés ou déterminables à des échéances précises; la quote-part des bénéfices, qu'elle prenne ou non la forme de dividendes déclarés et versés, s'oppose conceptuellement à cette obligation.

Quatrièmement, il existe un rapport décisif entre, d'une part, la qualification de dette et, d'autre part, le rattachement à l'instrument financier d'une obligation pour la société de racheter le titre ou d'effectuer un remboursement à une date déterminée ou déterminable. Dans l'affaire *Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque commerciale canadienne*, la Cour suprême du Canada a indiqué que la qualification de prêt est préférable à celle d'investissement lorsque la convention en cause établit le principe du remboursement des avances consenties à l'entreprise et en précise les modalités.<sup>39</sup> À l'inverse, une entente qui ne prévoit pas explicitement le remboursement des avances et ses modalités devrait, en toute probabilité, être qualifiée d'investissement ou d'instrument de capitaux propres.<sup>40</sup>

---

36. D.A. BALL, «Corporate Aspects of Reorganisation and Refinancing», (1984) 2 *Nat. Ins. Rev.* 4, 5.

37. *Ibid.*, 4-5.

38. *SADC c. BCC*, précité, note 33, 178.

39. *Ibid.*, 166 et 181.

40. *Ibid.*, 179; BALL, *loc. cit.*, note 36, 5.

## **2- La décision *Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque commerciale canadienne***

Eu égard à la problématique abordée dans cette partie, cette décision est significative et mérite une brève présentation. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada avait à qualifier une entente financière élaborée pour venir en aide à la *Banque commerciale canadienne*.<sup>41</sup> Cette institution financière éprouvait d'inquiétants problèmes de solvabilité, provoqués par une grave détérioration de son portefeuille de prêts et garanties connexes. Dans le cadre du programme de soutien, le gouvernement fédéral, le gouvernement de l'Alberta, la Société d'assurance-dépôts du Canada et les six plus importantes banques à charte du pays (appelés collectivement les «participants») prirent une participation indivise dans le portefeuille de prêts et garanties connexes de la BCC. La BCC retenait une participation indivise correspondant à la différence entre la valeur nominale comptable du portefeuille (plus de 500 millions de dollars) et l'apport financier des participants. Le programme de soutien était articulé autour d'un certain nombre de conventions, dont les plus importantes étaient l'entente de participation et l'entente de financement par actions.

L'opération était calculée de manière à ce que la part des participants dans chaque élément d'actif du portefeuille de la BCC représente la meilleure appréciation de la portion irrécouvrable de cet élément d'actif. Dans les faits, les participants se trouvaient à avancer à la BCC une somme d'argent correspondant à la valeur nominale comptable de ses prêts douteux. En contrepartie, les participants obtenaient des droits sur des sources de revenu spécifiques. Ainsi, l'entente de participation intéressait les participants aux sommes produites par les éléments d'actifs du portefeuille de la BCC. Il était toutefois convenu que les deniers générés par un élément d'actif devaient d'abord servir la part de la BCC dans cet élément d'actif. Les participants ne profitaient de cet élément d'actif qu'après le remboursement intégral de la part de la BCC. Aussi, la BCC s'engageait à verser la moitié des revenus avant impôts aux participants. Par ailleurs, l'entente de financement par actions accordait aux participants des bons de souscription qui permettaient d'acquérir à un prix avantageux jusqu'à 75% des actions ordinaires de la BCC. Les bons de souscription étaient entièrement cessibles.

---

41. [Ci-après BCC].



Les bons de souscription avaient un caractère éventuel. En effet, la mise en oeuvre de l'entente de financement par actions supposait, notamment, une augmentation du capital social autorisé de la BCC, ce qui nécessitait l'approbation des actionnaires et l'autorisation du gouvernement fédéral. Une alternative était donc prévue : les participants obtiendraient des droits sur la totalité des revenus avant impôts si la BCC ne parvenait pas à obtenir avant une date déterminée les autorisations requises. Suivant ce scénario alternatif, la BCC s'engageait, exceptionnellement, à verser des intérêts sur les contributions financières des participants.

Si le feu vert était donné à l'augmentation du capital social autorisé, les sommes obtenues par un participant à même les éléments d'actif ou les revenus avant impôts de la BCC ne pouvaient, cumulativement, excéder le montant de sa contribution financière. Dans le cas contraire, le plafond était fixé par la contribution financière majorée des intérêts. Si ces deux sources s'avéraient insuffisantes pour récupérer un montant égal à la contribution financière ou, dans le scénario alternatif, à la contribution financière majorée des intérêts, la BCC avait l'obligation d'indemniser le participant pour la perte subie. Il est à noter que l'obligation d'indemnisation n'était pas inscrite au bilan comme un élément de passif. Ce traitement comptable était conforme aux directives explicites du *Bureau de l'inspecteur général des banques*<sup>41a</sup>. Aussi, l'entente de participation prévoyait qu'en cas d'insolvabilité ou de mise en liquidation, tout montant non payé constituerait une dette de la BCC. Les participants se voyaient alors attribuer un rang égal à celui des créanciers ordinaires de la BCC.

Malgré toute son ingéniosité, le programme de soutien ne put empêcher la déroute de la BCC.

Dans une opinion unanime rédigée par le juge Iacobucci, la Cour suprême qualifie de prêt la contribution financière de 255 millions. Cette qualification implique que les participants au programme de soutien ont égalité de rang avec les créanciers non garantis de la BCC. Si le plus haut tribunal du pays reconnaît que l'entente financière en cause tient à la fois de l'investissement et du prêt, il opine que ce dernier aspect domine. De l'avis du

---

41.a *Le Bureau de l'inspecteur général des banques* est le prédécesseur du *Bureau du surintendant des institutions financières*.

juge Iacobucci, la formulation et la substance de certaines dispositions contractuelles reflètent l'intention des parties de constituer une relation de créancier à débiteur. En particulier, le magistrat est influencé par les clauses concernant la récupération des contributions financières par les participants. Les vues du juge Iacobucci sont ainsi synthétisées<sup>42</sup> :

«En résumé, les termes choisis par les parties dans leurs ententes appuient manifestement la conclusion de la Cour d'appel que le programme d'aide comportait essentiellement un prêt de 255 millions de dollars et non un investissement. Les circonstances qui ont entouré l'opération viennent renforcer cette conclusion plutôt que la miner. Bien que l'opération ait comporté un aspect de financement par actions (les bons de souscription), cet aspect ne suffit pas à lui seul, dans les circonstances, à transformer en un investissement une avance qui constitue essentiellement un prêt. En d'autres termes, bien que l'opération possède certaines "caractéristiques propres aux investissements", celles-ci sont accessoires à la dette constatée par l'arrangement et ne modifient pas le fond de la relation débiteur-créancier créée par les parties relativement à l'avance de 255 millions de dollars consentie à la BCC par les participants. De plus, le fait que le revenu avant impôts de la BCC constituait la principale source de remboursement de l'avance ne modifie en rien cette qualification puisque le remboursement qui devait provenir de cette source était limité à l'avance consentie à la BCC, plus des intérêts éventuels calculés selon le taux préférentiel.»

## **B- Le traitement comptable et le processus de qualification**

Même si les recommandations du Conseil des normes comptables de l'*Institut canadien des comptables agréés*<sup>43</sup> concernant la comptabilité et la vérification n'ont pas, à strictement parler, force de loi, elles représentent la principale référence de la profession comptable et la base des principes comptables généralement reconnus au Canada. Sur la qualification de l'apport financier, les recommandations apportent très peu d'éclairage. Certes, «passif»,<sup>44</sup>

---

42. *SADC c. BCC*, précité, note 33, 169.

43. [Ci-après I.C.C.A.].

44. *Manuel de l'Institut canadien des comptables agréés*, paragraphe 1000-32.

«capitaux propres»<sup>45</sup> et «prêt»<sup>46</sup> y sont définis; mais les termes employés ne font qu'exprimer l'intuition commune et des généralités, somme toute, assez banales. Surtout, ces définitions ne contiennent pas de paramètres précis pour la qualification comptable des cas intermédiaires et des instruments hybrides.<sup>47</sup>

L'incidence du traitement comptable sur la qualification juridique d'une contribution financière reste limitée. Dans l'affaire *SADC c. BCC*, le juge Iacobucci exprime l'opinion qu'en l'occurrence, «le traitement comptable ne revêt pas en soi une grande importance dans la qualification de l'avance».<sup>48</sup> En conséquence, il rejette l'argument suivant lequel la qualification d'investissement découlerait de la décision comptable de ne pas inscrire comme élément du passif l'obligation d'indemniser les participants à l'entente financière en cause. Le magistrat se garde toutefois de poser une règle générale excluant dans l'absolu l'utilisation du traitement comptable pour déterminer la nature juridique d'une opération.<sup>49</sup>

**C- La thèse de l'«equitable investment» et l'article 139 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité<sup>50</sup>**

Suivant la thèse de l'«equitable investment», une opération se présentant comme un prêt à une entreprise, et techniquement structurée comme tel, sera néanmoins reléguée au rang des capitaux propres s'il s'avère que le rendement

---

45. *Ibid.*, paragraphe 1000.35.

46. *Ibid.*, paragraphe 3025.02.

47. Signalons, toutefois, un projet de recommandation sur les instruments financiers parrainé conjointement par le Conseil des normes comptables de l'Institut canadien des comptables agréés et le Comité international de normalisation de la comptabilité qui aborde dans le détail la problématique de la qualification. Le projet est encore à l'étude et n'est pas encore entré en vigueur. Il y est notamment réitéré que «[c]'est la substance ou réalité économique de l'instrument financier, et non sa forme qui détermine son classement dans le bilan de l'émetteur» : *«Instruments financiers, exposé-sondage»*, *CA Magazine*, avril 1994, paragraphe 0.053, p. ES12. Par ailleurs, il y est recommandé de classer dans le passif l'action privilégiée assortie d'une obligation de rachat à la charge de la société émettrice : *ibid.*, aux paragraphes 0.053 et 0.054. C'est là une perspective comptable; d'un point de vue juridique, il apparaît peu vraisemblable que l'action privilégiée à laquelle se rattache une obligation de rachat à une date déterminée ou déterminable soit qualifiée d'instrument de dette plutôt que d'instrument de capital propre.

48. *SADC c. BCC*, précité, note 33, 180.

49. *SADC c. BCC*, précité, note 33, 181.

50. L.R.C. (1985), c. B-3 [ci-après L.F.I.].

sur le prêt est lié aux bénéfices de l'entreprise.<sup>51</sup> Cette thèse, issue de la *Common Law*, a inspiré l'article 139 L.F.I.<sup>52</sup> Ce dernier et son principe ont cependant une portée limitée. En effet, une distinction s'impose entre la réception par le prêteur d'une quote-part des bénéfices de l'entreprise, d'une part, et l'arrangement qui identifie les bénéfices de l'entreprise comme une source pour le remboursement d'un montant fixe, d'autre part. De la décision *SADC. c. BCC*, il ressort clairement que ce dernier cas échappe à l'application de l'article 139 L.F.I. et de son principe.<sup>53</sup>

#### D- Les quasi-fonds propres

Les quasi-fonds propres sont ces dettes subordonnées à l'ensemble de la dette ordinaire. En cas de concours, elles passeront après les créances ordinaires et les titres de participation, d'où l'appellation quasi-fonds propres.<sup>54</sup> En droit québécois, les quasi-fonds propres ne jouissent pas d'un statut juridique particulier, du moins en ce qui concerne les sociétés industrielles et commerciales.<sup>55</sup> La subordination de la dette est réalisée par le mécanisme conventionnel : en fait, c'est la technique de la stipulation pour autrui qui est employée dans la plupart des cas.<sup>56</sup>

---

51. B. CRAWFORD, C.L. CAMPBELL, «The Use of Participation Agreements in Bank Rescues : Bovill's Act and Equitable Subordination in Hybrid Investments», (1993-1994) 9 *B.F.L.R.* 45, 51; l'expression «equitable investment» est une trouvaille de Crawford et Campbell. L'expression anglaise est conservée dans le texte car à notre avis, la traduction ne rendrait pas tout à fait justice au concept.

52. La jurisprudence ne nous permet cependant pas d'affirmer que cette thèse a acquis la consistance d'un principe de droit positif autonome par rapport au droit statuaire et applicable en l'absence d'un fondement statuaire. Cette remarque vaut autant pour le droit civil québécois que pour la *Common law* canadienne.

53. *SADC c. BCC*, précité, note 33, 188. B. CRAWFORD et C.L. CAMPBELL, *loc. cit.*, note 51, 53-54.

54. G.C. BLAYLOCK, «Leverage : A Corporate Banker's Perspective» (1990), 5 *B.F.L.R.* 348, 351; L. PAYETTE, «Des priorités et des hypothèques», dans *La réforme du Code civil*, tome 3, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 48.

55. Pour certains types de sociétés oeuvrant dans le secteur financier, la loi reconnaît un certain statut aux quasi-fonds propres. C'est le cas des sociétés d'assurance, des sociétés de fiducie et des sociétés d'épargne de régime québécois : voir à titre d'exemple l'article 62.1 de la *Loi sur les assurances*, L.R.Q., c. A-32 et l'article 193 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01.

56. L. PAYETTE, *loc. cit.*, note 54, 48-49, qui s'exprime comme suit sur le sujet : «L'emprunteur stipule dans le contrat d'emprunt ou dans les instruments de dette qu'il émet que le créancier renonce, ou s'oblige à renoncer, au bénéfice du rang égalitaire que lui

### **III- L'endettement d'un groupe de sociétés**

#### **A- L'hégémonie de la doctrine du voile corporatif**

La doctrine du voile corporatif, centrée autour du principe énoncé dans le célèbre arrêt britannique *Salomon c. Salomon & Company*,<sup>57</sup> s'affirme comme une valeur solidement ancrée et incontournable du droit des sociétés au Québec.<sup>58</sup> Selon cette doctrine, la société par actions possède sa propre personnalité juridique. Elle est une entité juridique distincte de ses actionnaires. Formulée d'une autre façon, il y a un voile entre la société et ses actionnaires. Celui-ci n'est soulevé que dans des circonstances exceptionnelles, telle, par exemple, lorsqu'il est établi que la structure corporative sert des fins frauduleuses ou est employée pour contourner la loi. C'est pourquoi une société par actions ne répond pas, en principe, des dettes de ses filiales ou des personnes morales auxquelles elle est liée. Cela vaut même si la sous-capitalisation de la société est manifeste et qu'elle s'accompagne d'opérations destinées, selon toutes apparences, à brimer les créanciers.<sup>59</sup> Comme le souligne le professeur Ziegel, «inadequate capitalization has rarely, if ever been, a reason in Canada for the Courts' willingness to lift the veil».<sup>60</sup> Autrement posé, sous-capitaliser une société n'est pas un délit ou un quasi-délit, et n'engage pas la responsabilité extra-contractuelle des actionnaires. C'est la règle en *Common Law*

---

procure son droit de concours en vertu du gage commun; ce créancier ordinaire se subordonne ainsi aux autres créanciers ordinaires, qui sont les bénéficiaires de la stipulation. Comme ces arrangements reposent sur le contrat, ils ne sont véritablement scellés que si le promettant (dans le cas discuté il s'agit du créancier) accepte de s'obliger de la manière que le stipulant (l'emprunteur) a prévue et, puisque la stipulation est révocable jusqu'à ce que l'acceptation par le tiers bénéficiaire soit portée à la connaissance du stipulant ou du promettant (art. 1446 C.c.), qu'elle soit portée à la connaissance de l'un ou l'autre de ceux-ci» (notes omises).

57. [1897] A.C. 22.

58. La doctrine du voile corporatif s'est intégrée au droit civil québécois, comme en témoignent d'ailleurs les articles 309 C.c.Q. et 317 C.c.Q.

59. *Clarkson Co. c. Zhelka*, (1967) 64 D.L.R. (2d) 457 (Ont. H.C.); N.C. SARGENT, «Corporate Groups and the Corporate Veil in Canada : A Penetrating Look at Parent-Subsidiary Relations in the Modern Corporate Enterprise», (1988) 17 *Manitoba Law Journal* 156, 177-178.

60. J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, note 20, 514.

anglo-canadienne;<sup>61</sup> il n'y a aucune raison de croire que la position des civilistes québécois soit différente.

Au chapitre de l'endettement d'un groupe de sociétés, les tribunaux adoptent donc une attitude conservatrice. Ils se sont ainsi gardés d'endosser, ne serait-ce que partiellement, la théorie dite de l'«entité d'entreprise»,<sup>62</sup> prônée par des commentateurs comme Sargent,<sup>63</sup> au Canada, et Berle, aux États-Unis.<sup>64</sup> Cette théorie s'attarde à la réalité économique du groupe de sociétés. Elle impose une responsabilité collective quant aux dettes de chacune d'entre elles, s'il appert que les activités économiques des sociétés sont étroitement liées et forment un tout.

Enfin, il est à signaler que le recours pour oppression de l'article 241 L.S.A. permet de contourner la doctrine du voile corporatif, puisqu'il envisage le redressement d'une situation abusive ou préjudiciable provoquée par l'une des personnes morales du groupe d'une société de régime fédéral ou le conseil d'administration de cette personne morale. Le détenteur de titres de créance d'une société de régime fédéral peut ainsi intenter un recours direct contre une personne morale du groupe de la société dont il détient des valeurs mobilières. Il devra toutefois démontrer que le préjudice ou l'abus subi a pour source la personne morale poursuivie. Le créancier dont les droits ne se rattachent pas à des valeurs mobilières est dans une position plus ambiguë : la définition de plaignant qui se rattache à 241 L.S.A. ne l'inclut pas, mais des voix dans la doctrine et quelques décisions judiciaires<sup>65</sup> lui reconnaissent l'intérêt requis pour intenter le recours pour oppression.

---

61. B. WELLING, *op. cit.*, note 15, p. 146.

62. *Rural Municipality of Assiniboia c. Suburban Rapid Transit Co.*, [1931] 2 D.L.R. 862 (C.A. Man.); *Clarkson Co. c. Zhelka*, précité, note 59.

63. *Loc. cit.*, note 59.

64. Pour Berle, la société par actions doit être analysée comme «an enterprise bounded by economics, rather than as an artificial mystic personality bounded by forms of words in charter, minute books, and books of account» : A.A. BERLE, Jr., «The Theory of Enterprise Entity», (1947) 47 *Colum. L. Rev.* 343, cité par N.C. SARGENT, *loc. cit.*, note 59, 156.

65. J.S. ZIEGEL, *loc. cit.*, note 20, 512, 527-529; T.M. DOLAN, «Piercing the Corporate Veil», (1990) 5 *National Creditor/Debtor Review*, 14-15, de même que la jurisprudence citée par ces commentateurs.

**B- La «subordination reconnue en equity»**

Cette doctrine, américaine<sup>66</sup> dans son style et ses racines, procède de la compétence d'«equity» des tribunaux. Elle autorise le juge à rétrograder des réclamations faites valablement à l'égard de l'actif d'une personne insolvable, lorsqu'elles découlent d'une conduite inéquitable et préjudiciable aux intérêts des autres créanciers.<sup>67</sup> Aux États-Unis, la doctrine est notamment applicable à la créance d'une société sur sa filiale insolvable dans le cas où cette dernière souffre d'une sous-capitalisation aiguë. Aussi, on pourra la faire intervenir s'il est établi que la société domine entièrement les affaires de sa filiale et qu'elle s'est servie de sa position de contrôle pour appauvrir sa filiale ou lui porter préjudice.<sup>68</sup> Du côté canadien, la doctrine de la «subordination reconnue en equity» évolue dans une zone grise. Ainsi, dans l'affaire *SADC c. BCC*, un argument basé sur cette doctrine fut plaidé. Le juge Iacobucci, qui rédigea les motifs de la Cour suprême, a cependant organisé son raisonnement de manière à ne pas avoir à décider si cette doctrine fait partie du droit positif canadien. La jurisprudence des tribunaux inférieurs est quant à elle peu consistante et ambiguë.<sup>69</sup>

Au Québec, la doctrine de la «subordination reconnue en equity» soulève, en plus, le problème particulier de son intégration au droit civil québécois. L'«equity» représente, en effet, un agrégat juridique étranger à la tradition du droit civil québécois, qui a une fonction supplétive en matière de faillite.<sup>70</sup>

---

66. *Pepper c. Litton*, 308 US 295 (US Va, 1939); *Taylor c. Standard & Gas and Electric Co.*, 306 US 307 (1939).

67. L.J. CROZIER, «Equitable subordination of claims in Canadian Bankruptcy Law», 7 C.B.R. (3d) 40, 41-42.

68. N.C. SARGENT, *loc. cit.*, note 59, 180; L.J. CROZIER, *ibid.*, 41.

69. Crozier considère que la décision *Laronge Realty Ltd. c. Golconda Investments Ltd.*, (1986) 63 C.B.R. (N.S.) 74, 7 B.C.L.R. (2d) 90 (C.A.) est favorable à la doctrine : L.J. CROZIER, *ibid.*, p. 41. D'autres décisions judiciaires récusent la doctrine de la «subordination reconnue en equity» : *Aevo Co. c. D & A MacLeod Co.*, (1991) 4 O.R. (3d) 368 (Ont. Gen. Div.); *Re Orzy*, (1923) 3 C.B.R. 737, [1924] 1 D.L.R. 250 (Ont. C.A.); voir aussi *Olympia & York Developments Ltd. c. Royal Trust Co.*, (1993) 8 B.L.R. (2d) 69 où la décision *Aevo Co. c. D & A MacLeod Co.*, *ibid.*, est citée en obiter.

70. L'article 183(1)(b) L.F.I. donne à la Cour supérieure du Québec une «compétence en droit et en équité». Le domaine de la compétence en équité (equity) est matière à controverse. Deux écoles de pensée s'affrontent : la première prône l'application dans une procédure de

#### **IV- Les sûretés générales conventionnelles**

Les sûretés générales portant sur des universalités de biens d'entreprise découlent essentiellement de deux instruments juridiques : le *Code civil du Québec* et la *Loi sur les banques*.

##### **A- Le Code civil du Québec et les sûretés générales conventionnelles**

Le *Code civil du Québec*, entré en vigueur le premier janvier 1994, porte une réforme majeure du droit des sûretés. Le nouveau cadre est marqué par la préoccupation du législateur d'unifier le système des sûretés et de renforcer sa cohérence interne. Ainsi, des institutions de l'«ancien droit» comme le privilège du constructeur,<sup>71</sup> le transport des créances en garantie,<sup>72</sup> les sûretés octroyées en vertu de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*<sup>73</sup> ou de la *Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*,<sup>74</sup> le nantissement commercial<sup>75</sup> ou le gage,<sup>76</sup> sont remplacées par un concept unique d'hypothèque. Pivot du nouveau régime des sûretés, l'hypothèque du *Code civil du Québec* se distingue par sa grande souplesse au titre de l'assiette des biens donnés en garantie. La nouvelle hypothèque peut ainsi grever un bien particulier ou une universalité de biens; l'objet de l'hypothèque est corporel ou incorporel, meuble ou immeuble. Il est par ailleurs manifeste que, par sa réforme, le législateur poursuivait l'objectif de faciliter l'obtention de crédit pour l'entreprise. Renforcement de la cohérence des règles, souplesse dans la définition de l'objet de la garantie, et soutien au financement de l'entreprise, sont donc trois grandes idées qui animent la nouvelle hypothèque.

---

faillite de l'ensemble des droits et des institutions provenant de «l'equity»; la seconde limiterait le champ d'application de l'«equity» à l'interprétation des dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de ses procédures. Voir A. BOHÉMIER, *Faillite et insolvabilité*, tome 1, Montréal, Thémis, 1992, p. 579, où l'auteur synthétise élégamment la controverse et prend parti pour la seconde école de pensée.

71. Articles 2009 à 2013f du *Code civil du Bas-Canada* [ci-après C.c.B.C.].

72. 1571d) C.c.B.C.

73. L.R.Q., c. P-16 (modifiée par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. (1992), c. 57) [ci-après L.P.S.C.].

74. L.R.Q., c. C-53 (abrogée par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, *ibid.*, article 520).

75. 1979e) à 1979k) C.c.B.C.

76. 1968 à 1979 C.c.B.C.



Au chapitre des sûretés générales, le *Code civil du Québec* crée deux grandes institutions : d'une part, l'hypothèque sans dépossession sur une universalité de biens meubles, qui est la principale forme d'hypothèque universelle,<sup>77</sup> et d'autre part, l'hypothèque ouverte. Ces deux formes d'hypothèques jouent un rôle majeur dans le système mis en place pour succéder aux sûretés de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, une législation de 1914 qui prévoyait des sûretés spéciales pour garantir le paiement de titres d'emprunt émis par les sociétés et, en règle générale, répartis chez une pluralité d'investisseurs. Dans sa démarche, le législateur québécois s'inspirait fortement de la «floating charge» de la *Common Law*. Le mécanisme élaboré dans la L.P.S.C. s'articulait autour d'un acte de fiducie et confiait un rôle important au fidéicommissaire, chargé «d'administrer» les sûretés octroyées et de représenter les intérêts des détenteurs d'obligations vis-à-vis le débiteur. Tout cela a été aboli avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. C'est désormais l'hypothèque en général, et les formes d'hypothèques ci-haut mentionnées en particulier, qui remplissent la fonction des sûretés spéciales de la L.P.S.C. Le *Code civil du Québec* reconnaît d'ailleurs explicitement à son article 2692 C.c.Q. que l'hypothèque peut être utilisée pour garantir le paiement d'obligations, ou d'autres titres d'emprunt, à condition qu'elle soit constituée «par acte notarié en minute, en faveur du fondé de pouvoir des créanciers.»

L'hypothèque sur une universalité de biens, ou hypothèque universelle, peut seulement être consentie par une personne ou un fiduciaire qui exploite une entreprise.<sup>78</sup> Dans le système du *Code civil du Québec*, l'entreprise est définie libéralement comme «une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services».<sup>79</sup> L'universalité peut englober des biens futurs, tout comme il est théoriquement possible qu'elle regroupe des biens immeubles. L'article 2684 C.c.Q. fournit des exemples d'universalités mobilières, parmi lesquels on retrouve l'outillage, le matériel d'équipement professionnel, les créances et comptes-clients, les inventaires de matières premières, de produits finis et de produits en cours de transformation. Concept souple, l'universalité connaît néanmoins certaines

---

77. 2666 C.c.Q.

78. 2684 C.c.Q.; voir cependant 27 L.P.S.C. et 34 L.P.S.C. qui reconnaissent cette faculté à une personne morale n'exploitant pas une entreprise.

79. 1525 C.c.Q.

limites : en effet, il se déduit de l'article 2697 C.C.Q. que dans le cas d'une hypothèque sans dépossession sur une universalité de biens meubles, les biens hypothéqués doivent avoir une nature commune pour que l'on puisse les inclure dans la même universalité.

De l'énumération non-limitative de l'article 2684 C.c.Q., il ressort qu'une entreprise a la faculté de donner en garantie l'ensemble de ses actifs, par la combinaison judicieuse d'hypothèques immobilières et mobilières sur des biens particuliers avec des hypothèques sur une universalité de biens meubles.

La plupart du temps, il est impératif que l'entreprise conserve la possession physique et juridique des biens meubles hypothéqués pour fonctionner correctement. D'où le mécanisme de l'hypothèque mobilière sans dépossession prévu par le *Code civil du Québec* qui permet à l'exploitant d'une entreprise<sup>80</sup> de rester en possession des biens meubles hypothéqués. Le bien meuble spécifique et l'universalité mobilière peuvent faire l'objet d'une hypothèque mobilière sans dépossession.

L'hypothèque mobilière universelle, tout comme d'ailleurs l'hypothèque mobilière spécifique, «n'emporte pas de droit de suite sur le bien meuble vendu dans le cours des activités de l'entreprise et s'éteint à l'égard de ce bien».<sup>81</sup> C'est là un cas d'exception. Plutôt, l'hypothèque se reporte sur le bien acquis en remplacement. S'il n'y a pas de remplacement du bien aliéné, le report se fait «sur les sommes d'argent provenant de l'aliénation, pourvu que celles-ci puissent être identifiées».<sup>82</sup>

Élaborée pour le bénéfice exclusif de la personne ou du fiduciaire qui exploite une entreprise,<sup>83</sup> l'hypothèque ouverte affectera, suivant la volonté des parties, non seulement des biens spécifiques, mais aussi des universalités de biens, des combinaisons de biens spécifiques et d'universalités, ou encore, l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers de l'entreprise. Par ailleurs, elle peut englober des biens futurs. Ces particularités en font un mécanisme de sûreté générale. Le propre de cette sûreté est de suspendre les principaux effets

---

80. 2683 C.c.Q.

81. L. PAYETTE, *loc. cit.*, note 54, 125; 2674 C.c.Q.; 2700 C.c.Q.

82. 2674 C.c.Q.; ce mécanisme de report est aussi exceptionnel.

83. 2686 C.c.Q.; voir cependant 27 L.P.S.C. et 34 L.P.S.C.

hypothécaires jusqu'au moment où, dans la foulée d'un défaut sur l'obligation principale, le créancier provoque la clôture de l'hypothèque au moyen d'un avis dénonçant le défaut et la clôture de l'hypothèque. L'hypothèque ouverte donne une protection limitée au créancier car c'est l'inscription de l'avis de clôture et non pas la publication de l'hypothèque au moment de sa constitution qui détermine le rang.<sup>84</sup> C'est aussi cet événement qui fixe l'assiette de biens sur lesquels le recours hypothécaire s'exercera<sup>85</sup> : en effet, l'hypothèque ouverte ne devient opposable aux tiers que par l'inscription de l'avis de clôture,<sup>86</sup> de sorte qu'avant ce moment, le créancier ne dispose pas d'un droit de suite sur les biens affectés à la garantie. Toutefois, il faut signaler que le détenteur d'une hypothèque ouverte aura préséance sur le créancier ayant inscrit son hypothèque après que la sienne ait été inscrite, si le recours hypothécaire exercé par le détenteur de l'hypothèque ouverte est celui de la prise de possession des biens à des fins d'administration.<sup>87</sup>

L'hypothèque ouverte prend rang et effet avec l'inscription de l'avis de clôture. C'est ce qui la distingue fondamentalement de l'hypothèque mobilière sans dépossession sur une universalité. Le rang de ce dernier type d'hypothèque est déterminé par la publication de l'hypothèque au moment de sa constitution et c'est à partir de cet événement que la sûreté devient opposable aux tiers. L'hypothèque mobilière sans dépossession sur une universalité est donc une sûreté générale plus forte que l'hypothèque ouverte.

Mentionnons, en finale et en périphérie, que l'entreprise se singularise non seulement en regard de l'accessibilité à certaines formes d'hypothèques, mais aussi au plan des recours. Le *Code civil du Québec* prévoit quatre types de recours hypothécaires en cas de défaut du débiteur : la vente sous contrôle de justice, la prise en paiement, la vente par le créancier et la prise de possession à des fins d'administration. Or les deux derniers types de recours sont au bénéfice exclusif du créancier qui détient une hypothèque sur les biens d'une entreprise.

---

84. 2955 C.c.Q.

85. 2719 C.c.Q.

86. 2716 C.c.Q.

87. 2721 C.c.Q.

## **B- Les sûretés de la *Loi sur les banques***

Vu l'importance du rôle joué par les banques à charte dans la fonction d'intermédiation des capitaux, il n'y a rien d'étonnant à ce que la loi régissant ces institutions — une loi fédérale, la *Loi sur les banques* — s'impose comme une pièce législative significative, voire incontournable, du droit commercial. Cette loi présente notamment la caractéristique de créer des sûretés particulières, par ses articles 425 à 436. Au Québec, les sûretés bancaires viennent s'ajouter aux sûretés reconnues par le droit civil du Québec qui, par ailleurs, remplit sur le territoire québécois une fonction supplétive et sert de référence conceptuelle.<sup>88</sup>

S'agissant des entreprises industrielles ou commerciales, la sûreté particulière créée par la *Loi sur les banques* se présente, essentiellement, comme une garantie sur les inventaires du débiteur.<sup>89</sup> Les banques à charte en sont les bénéficiaires exclusifs. Les biens futurs entrent dans le champ de la sûreté bancaire. Suivant l'article 428(1) L.B., le rang de la sûreté bancaire est déterminé par la date de la convention constituant la garantie,<sup>90</sup> ce qui signifie, notamment, qu'elle prime toute hypothèque publiée après cette date. Selon certains, la garantie bancaire serait assortie d'un pouvoir de prise de possession s'exerçant sans intervention judiciaire préalable.<sup>91</sup> La proposition fait cependant l'objet de sérieuses controverses.<sup>92</sup>

Un certain flottement idéologique règne quant à la nature juridique de la sûreté bancaire. Dans L'affaire *Banque canadienne nationale c. Lefavre*,<sup>93</sup> la Cour d'appel du Québec a exprimé l'opinion que la sûreté particulière prévue

---

88. R.A. MacDONALD, «Security Under Section 178 of the Bank Act : A Civil Law Analysis», (1983) 43 *Revue du Barreau* 1008, 1016.

89. 426(a) L.B., 426(b) L.B.

90. R. DEMERS, *Le financement de l'entreprise - aspects juridiques*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1985, pp. 170-171 : *contra*, R.A. MacDONALD, *loc. cit.*, note 88, 1029.

91. R. DEMERS, *ibid.*, 165; M. PAQUET, «Pouvoir de prise de possession informelle dans le cas des garanties des alinéas 178(1) a) et b) de la Loi sur les banques; Existence ou inexistance», [1984] 44 *Revue du Barreau* 333, 351-356.

92. R.A. MacDONALD, *loc. cit.*, note 88, 1020. La question a été commentée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *BNC c. Atomic Slipper Co.*, [1991] 1 R.C.S. 1059 mais le tribunal s'est gardé de prendre position et d'infirmar les assertions de la Cour d'appel du Québec sur ce point spécifique : *ibid.*, 1074. Le débat n'est donc pas clos.

93. [1951] B.R. 83 (C.A.).

dans la *Loi sur les banques* confère un droit de propriété *sui generis* sur les biens affectés à la garantie. Cette qualification a été vigoureusement et admirablement combattue par le doyen MacDonald. À la suite d'une démonstration éloquente et rigoureuse faite sous l'empire du *Code civil du Bas-Canada*, celui-ci conclut que le droit inhérent à la sûreté bancaire est un «non-codal, statutory, accessory real right», assimilable à une forme de nantissement.<sup>94</sup> Ce débat prend une tournure inédite avec le schéma des sûretés proposé par le *Code civil du Québec*. Dans son concept et ses caractéristiques, la sûreté bancaire présente, en effet, d'importantes similitudes avec l'hypothèque mobilière sans dépossession. Pour cette raison et parce que le droit civil constitue, au Québec, la référence conceptuelle, il apparaît conséquent et indiqué de modéliser la sûreté bancaire comme une forme d'hypothèque mobilière sans dépossession.

## **V- Le redressement de l'entreprise excessivement endettée**

### **A- La réalisation des sûretés et la théorie de l'abus des droits contractuels**

En matière de prêt et de réalisation de sûretés, l'attitude dominante des tribunaux québécois se caractérisait, jusqu'à tout récemment, par une application rigoureuse et zélée du principe de la force obligatoire des contrats.<sup>95</sup> Ce qui se traduisait, en particulier, par des hésitations à reconnaître des obligations à la charge du créancier qui ne procèdent pas de la lettre du contrat. Le principe de la force obligatoire des contrats s'est cependant vu vigoureusement relativisé dans l'importante affaire *Houle c. Banque nationale du Canada*<sup>96</sup> et ce, par le jeu de l'élargissement de la théorie de l'abus des droits contractuels et de l'application particulière qui en a été faite dans le domaine du droit bancaire. Suite à l'examen de la situation financière de la société débitrice, la banque avait décidé d'exercer ses droits contractuels et de rappeler son prêt

---

94. R.A. MacDONALD, *loc. cit.*, note 88, 1027; voir aussi la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Atomic Slipper Co. c. Banque nationale du Canada*, [1988] R.J.Q. 2087 (C.A.); s'il est vrai que la Cour Suprême du Canada a renversé la décision de la Cour d'appel du Québec, il reste que sur ce point spécifique, la Cour Suprême du Canada n'a pas récusé explicitement le raisonnement du Juge Malouf; en effet, dans sa résolution du litige, le plus haut tribunal du Canada n'a pas cru nécessaire de se prononcer sur la nature des droits inhérents à la garantie bancaire dans le système civiliste québécois.

95. L. LILKOFF, *loc. cit.*, note 21, 150.

96. [1990] 3 R.C.S. 122.

à demande. Après seulement une heure de négociations avec les dirigeants de la débitrice, la banque a signifié une mise en demeure et pris immédiatement possession des actifs affectés à la garantie. Le créancier a procédé à la liquidation des actifs en moins de trois heures. Les diverses conventions liant la banque et la société autorisaient la banque à rappeler le prêt sur demande et à réaliser ses sûretés sans préavis. Néanmoins, la Cour suprême du Canada, dans une opinion unanime rédigée par le juge L'Heureux-Dubé, affirme, sur la base de la théorie de l'abus des droits contractuels, que la banque a commis une faute civile. Le tribunal exprime l'avis que l'abus de droit réside, non pas dans le rappel du prêt qui était fondé sur des critères économiques objectifs, mais dans la prise de possession et la liquidation précipitée des actifs de la société. La banque a abusé de ses droits contractuels en ne laissant pas à la débitrice un délai raisonnable pour lui permettre de rembourser le prêt après avoir été mise en demeure. Peu importe que la banque ait agi sans malice ou qu'il y ait eu absence de mauvaise foi : pour mesurer l'abus de droit, la Cour suprême du Canada endosse le critère objectif de l'exercice raisonnable d'un droit. Or, cette grille d'appréciation ne requiert pas une preuve de malice ou d'absence de bonne foi.<sup>97</sup>

Décision marquante, *Houle c. Banque nationale du Canada* contribuera à établir un meilleur équilibre des droits des parties à une convention de prêt. Elle invite à la civilité dans les rapports entre l'institution prêteuse et une société débitrice qui éprouve des difficultés financières. Par ailleurs, les principes posés dans cette affaire, ceux qui concernent l'abus de droit contractuel et le délai raisonnable en particulier, peuvent, dans certaines circonstances, être des données significatives pour l'entreprise en difficulté qui élabore une stratégie de redressement.

## **B- La technique de l' «*in-substance defeasance*»**

«In substance defeasance» fait référence à une technique d'origine américaine par laquelle une société par actions sort une dette de son bilan en plaçant irrévocablement dans une fiducie des actifs financiers et en les affectant exclusivement au remboursement de la dette, en capital et en intérêts. L'apparence du bilan et des ratios financiers y gagne; l'entreprise se trouve donc

---

97. *Ibid.*, 155.

dans une meilleure posture pour obtenir des crédits supplémentaires, ou recueillir des capitaux frais via un appel public à l'épargne, par exemple. Il est à noter que l'«in-substance defeasance» est d'abord une manipulation comptable. Sur le plan juridique, il y a survivance de la dette. La technique de l'«in-substance defeasance» ne décharge pas la société de ses obligations en vertu de la convention primitive constituant la dette. Le créancier conserve tous ses recours contre la société et peut se fonder sur la convention primitive pour réclamer de la société le remboursement de la dette, si les actifs en fiducie s'avèrent insuffisants.<sup>98</sup> L'«in-substance defeasance» est à distinguer de la «legal defeasance» qui suppose novation par changement de débiteur et partant, extinction du lien de droit inhérent à la convention primitive entre la société et son créancier.

Le droit civil québécois ne pose pas d'obstacle à une opération d'«in-substance defeasance» : il y reconnaît, fondamentalement, une forme de délégation imparfaite.<sup>99</sup> En outre, la fiducie du C.c.Q.<sup>100</sup> se présente comme un réceptacle tout à fait adéquat pour les actifs financiers affectés au service de la dette.

La faisabilité d'une opération d'«in-substance defeasance» se ramène à la question de savoir si les règles comptables autorisent à déplacer hors du bilan, d'une part, une dette qui n'est pas éteinte et demeure, sur le plan juridique, à la charge de la société, et d'autre part, les actifs affectés à son remboursement. À ce chapitre, il règne au Canada un certain flottement normatif, ce qui n'a pas empêché des sociétés aussi sérieuses qu'*Air Canada* de recourir à cette technique.<sup>101</sup> Comme le rapporte John A. Zinn, les organismes responsables de l'établissement des normes comptables au Canada n'ont pas jusqu'à maintenant formulé de recommandations formelles sur l'«in-substance defeasance». Cela étant posé, il faut souligner la pertinence d'un projet de recommandation du Conseil des normes comptables de l'I.C.C.A. intitulé «Instruments financiers». Le projet a été initialement présenté en septembre 1991 et a fait l'objet d'une

---

98. J.A. ZINN, «Advancements in Off-Balance Sheet Financing- Part 1», 13 *National Banking Law Review* 24, 25.

99. J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 4<sup>e</sup> édition, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1993, pp. 547-551.

100. 1260 C.c.Q. à 1298 C.c.Q.

101. J.A. ZINN, *loc. cit.*, note 98, 27 et 32.

révision en 1993, produite sous forme d'exposé-sondage. Le projet de recommandation prévoit qu'un actif financier ou un passif financier ne peut pas être sorti du bilan si la transaction ne s'accompagne pas d'un transfert vers le tiers de la «quasi-totalité des risques et avantages rattachés à l'actif ou au passif»,<sup>102</sup> ce qui revient à désavouer la technique de l'«in-substance defeasance». Le projet de recommandation n'a pas encore franchi toutes les étapes requises pour l'adoption de normes comptables formelles et intégrées au Manuel de l'I.C.C.A., ce qui a amené un commentateur<sup>103</sup> à suggérer que l'expérience américaine devait, jusqu'à nouvel ordre, servir de guide normatif en matière d'«in-substance defeasance». En effet, l'information financière doit être rapportée selon les principes comptables généralement reconnus au Canada; pour déterminer leur substance, il est permis de se référer à la pratique étrangère relative à des circonstances similaires, et aux normes adoptées par des organismes reconnus d'autres juridictions.<sup>104</sup> En 1983, le *U.S. Financial Accounting Standard Board* (F.A.S.B.), l'organisme chargé d'établir les normes comptables aux États-Unis, publiait un énoncé qui abordait la problématique de l'«in-substance defeasance». En résumé, le document reconnaît que dans le cadre d'une opération d'«in-substance defeasance», une dette peut être sortie du bilan si certaines conditions sont satisfaites. Mentionnons quelques-unes d'entre elles : les actifs financiers sont placés irrévocablement en fiducie; il s'agit d'actifs à faible risque, nommément des titres d'emprunt de l'État, des titres d'emprunt garantis par l'État ou encore, des titres d'emprunt assortis d'une sûreté sur des titres d'emprunt de l'État ou sur des titres d'emprunt garantis par l'État; la probabilité que le débiteur soit tenu d'entrer en scène parce que les actifs placés en fiducie sont insuffisants est minime, sinon insignifiante; enfin, il est requis que la distribution des flux monétaires produits par les actifs financiers en fiducie corresponde à celle des paiements en intérêts et capital sur la dette en cause.<sup>105</sup>

---

102. Conseil des normes comptables de l'I.C.C.A., «Instruments financiers», *C.A. Magazine*, avril 1994, ES 1, paragraphe 0.028, *loc. cit.*, note 47.

103. J.A. ZINN, *loc. cit.*, note 98, 26.

104. *Ibid.*, 26.

105. D. GRAY, M.A. SEVILLE, «In-Substance Defeasance : Altering the Shape of Debt Management», dans *Journal of Accountancy*, janvier 1985, pp. 100-107.



### **C- La procédure concordataire de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité***

En 1992, le législateur fédéral remaniait en profondeur sa législation sur la faillite. En particulier, la nouvelle *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>106</sup> modifie sensiblement les règles relatives à la proposition et au concordat qui s'adressent à l'entreprise. Le système de la L.F.I. cherche à favoriser la conclusion d'arrangements concordataires. Il tend ainsi vers l'objectif d'accroître les chances de survie des entreprises en difficulté financière.

Le concordat de la L.F.I. est une convention collective et judiciaire<sup>107</sup>. Convention, car il constate une entente entre l'entreprise insolvable et ses créanciers quant au remboursement et l'extinction des créances. Collective, car la proposition faite par le débiteur doit recevoir l'assentiment du collectif des créanciers. Judiciaire, car le régime concordataire ne produira pas d'effet à moins que le tribunal ne ratifie la proposition du débiteur. Contrairement à la faillite, le concordat n'implique pas le dessaisissement de débiteur : celui-ci continue d'administrer son patrimoine. La procédure concordataire de la L.F.I. est organisée autour de quatre éléments : la proposition, l'avis d'intention, l'acceptation des créanciers et la ratification du tribunal.

La proposition se présente comme une offre soumise par le débiteur insolvable à ses créanciers ordinaires et accessoirement, aux créanciers garantis ou à certains d'entre eux. Il résulte de la nature conventionnelle du concordat que le débiteur jouit d'une discrétion étendue dans la formulation de sa proposition.<sup>108</sup> En particulier, le débiteur peut constituer dans sa proposition des catégories de créanciers ordinaires, et moduler ses offres en fonction de ces catégories.<sup>109</sup> La créativité du débiteur reste tempérée par quelques contraintes. Par exemple, il est nécessaire que la proposition respecte l'ordre de priorité des créanciers établi par la loi dans la distribution des biens du débiteur et qu'elle prévoie le paiement des honoraires et dépenses du syndic.<sup>110</sup> Aussi, la proposition doit stipuler le paiement intégral de toutes les sommes dues à la

---

106. Précitée, note 50.

107. A. BOHÉMIER, *Faillite et insolvabilité*, tome 1, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 296.

108. *Ibid.*, p. 298.

109. 50(1.2) L.F.I.

110. 60(1) L.F.I. et 136 L.F.I.

Couronne à titre de déduction à la source,<sup>111</sup> le paiement de certains salaires,<sup>112</sup> de même que le paiement de l'indemnité au locateur.<sup>113</sup> Innovation significative introduite par la réforme de 1992, le débiteur a la possibilité de s'adresser aux créanciers garantis. Ceux-ci sont regroupés en catégorie selon la similitude de leurs intérêts. La proposition peut être limitée aux créanciers d'une ou de plusieurs catégories mais il est alors impératif que l'offre soit faite à tous les créanciers garantis de chacune des catégories visées. La détermination des catégories et l'entreprise de classification sont soumises au contrôle judiciaire.<sup>114</sup>

La L.F.I. offre au débiteur la possibilité d'enclencher la procédure concordataire par un avis d'intention exprimant la volonté du débiteur de faire une proposition.<sup>115</sup> Les principaux effets du dépôt de l'avis d'intention sont de suspendre les recours de tous les créanciers, ordinaires comme garantis, et de geler les rapports contractuels. La proposition doit suivre dans les 30 jours du dépôt de l'avis d'intention, bien que le tribunal ait le pouvoir de proroger ce délai. Le dépôt de la proposition produit lui aussi un gel contractuel et un effet suspensif mais seulement à l'égard des créanciers visés par la proposition. C'est dire qu'un créancier garanti appartenant à une catégorie exclue de la proposition sera en mesure de réaliser sa garantie après le dépôt de la proposition.

La loi exige que les créanciers ordinaires, réunis en assemblée, acceptent la proposition du débiteur. Le seuil d'acceptation est fixé à une double majorité, soit la majorité simple en nombre et la majorité des deux tiers en valeur des créanciers non garantis votant sur la proposition. Si des catégories de créanciers ont été créées par la proposition, les créanciers votent par catégorie. La proposition doit alors être acceptée par les majorités requises dans chacune des catégories, selon l'avis exprimé par le professeur Bohémier.<sup>116</sup>

Les créanciers garantis des catégories mentionnées dans la proposition sont aussi appelés à se prononcer sur celle-ci, via un vote par catégorie. Le vote des créanciers garantis est régi par un système de double majorité, identique à

---

111. A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 107, p. 408.

112. *Ibid.*, pp. 408-409.

113. *Ibid.*, pp. 409-410.

114. 50 (1.5) L.F.I.

115. 50.4 L.F.I.

116. 54(1)d) L.F.I.; A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 107, pp. 423-424.

celui qui gouverne le vote des créanciers ordinaires. L'acceptation de la proposition par une catégorie de créanciers garantis lie tous les membres de la catégorie. Ce vote des créanciers garantis n'a cependant pas d'incidence sur l'acceptation de la proposition car «[c]'est la décision des créanciers non garantis qui détermine si la proposition concordataire est acceptée ou non».<sup>117</sup> Le rejet de la proposition par les créanciers garantis d'une catégorie donnée implique que ceux-ci ne seront pas assujettis au concordat et qu'ils pourront réaliser librement leur garantie.

Pour que le concordat prenne effet, la proposition acceptée par les créanciers doit être ratifiée par le tribunal. Celui-ci va s'assurer que la proposition remplit les exigences de la loi.<sup>118</sup> Si c'est le cas, il jouit d'une discrétion étendue pour approuver ou refuser d'approuver la proposition.<sup>119</sup> Le contrat prend effet avec la ratification de la proposition, et à partir de ce moment, il gouverne les relations entre le débiteur, les créanciers ordinaires et les créanciers garantis des catégories ayant approuvé la proposition.

Le rejet de la proposition par les créanciers ordinaires ou par le tribunal entraîne la faillite du débiteur. Par ailleurs, le défaut du débiteur de se conformer à la proposition est une cause d'annulation du concordat.<sup>120</sup> L'annulation du concordat entraîne la faillite automatique du débiteur.<sup>121</sup>

#### **D- Le redressement de l'entreprise à l'extérieur de la faillite : la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies***

En adoptant, en 1932, la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*,<sup>122</sup> le législateur fédéral cherchait à aménager un cadre juridique extérieur à celui de la faillite, dans lequel les entreprises foudroyées par la «Grande Dépression» pourraient négocier des compromis avec leurs créanciers, et ainsi éviter la faillite. Depuis cette époque, la mission sociale de cette loi n'a jamais été reniée et conséquemment, les tribunaux n'ont pas eu de réticence à

---

117. A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 107, p. 428; 54(2) L.F.I.  
118. 60(1) L.F.I. et 136 L.F.I.; *op. cit.*, note 107, pp. 408-410.  
119. 60(5) L.F.I.; 59 L.F.I.  
120. A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 107, pp. 437-438; 63 L.F.I.  
121. A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 107, p. 439; 63(4) L.F.I.  
122. L.R.C. (1985), c. C-36 [ci-après L.A.C.C.].

lui donner une interprétation libérale et favorable aux intérêts des débiteurs.<sup>123</sup> L'arrangement de la L.A.C.C. s'adresse autant aux créanciers ordinaires qu'aux créanciers garantis. Dans sa réforme de la proposition concordataire de la législation sur la faillite, le législateur fédéral contemporain a abondamment puisé dans la L.A.C.C., de sorte qu'on se retrouve aujourd'hui avec deux mécanismes — le concordat de la L.F.I. et l'arrangement de la L.A.C.C. — qui évoluent en parallèle et poursuivent des fins identiques.<sup>124</sup>

Si le parallélisme entre la L.A.C.C. et la procédure concordataire de la L.F.I. est indéniable, des différences significatives entre les deux régimes persistent. Ces écarts pourront expliquer ou justifier le choix de l'un ou de l'autre. Par exemple, le rejet de l'arrangement proposé en vertu de la L.A.C.C. n'entraîne pas une faillite automatique; au contraire, le refus d'accepter une proposition établie dans le cadre de la L.F.I. provoque une faillite automatique. Dans le schéma de la L.A.C.C., les tribunaux canadiens ont accueilli favorablement la doctrine américaine de la «substantive consolidation», tout en limitant son domaine par l'application de critères exigeants.<sup>125</sup> Cette doctrine vise la liquidation ou la réorganisation concordataire du passif d'un groupe de sociétés. Elle autorise le tribunal à faire abstraction du voile corporatif et à cautionner un arrangement prévoyant la fusion des actifs et des passifs des entités juridiques distinctes formant le groupe. Les actifs du groupe se trouvent ainsi à être agrégés dans un fonds commun sur lequel l'ensemble des créances sont réalisées. Il n'est pas acquis que la doctrine de la «substantive consolidation» soit applicable aux

---

123. A. SERERO, «Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies : considérations juridiques et pratiques», (1992) 52 *Rev. du Bar.* 561, 563-564; *Elan Corp. c. Comité*, (1990) 1 C.B.R. (3d) 101.

124. 66 L.F.I.; 20 L.A.C.C.; il apparaît possible de combiner les deux régimes «et de se prévaloir simultanément pour partie de l'un et pour partie de l'autre» : A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 107, p. 411. Le maintien de deux filières parallèles est déploré par le professeur Bohémier, qui craint la confusion et la cacophonie : A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 107, p. 411. L'influent commentateur s'explique mal ce choix du législateur, dénonce l'illogisme et opine que les amendements de 1992 à la législation sur la faillite auraient dû s'accompagner de l'abrogation pure et simple de la L.A.C.C. Voir A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 107, p. 410.

125. E.L. HAYES, «Substantive Consolidation Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Bankruptcy and Insolvency Act», [1994] *C.B.L.J.* 444; *Northland Properties Ltd. (Re)*, (1988) 69 C.B.R. (N.S.) 266, 29 B.C.L.R. (2d) 257 (B.C.S.C.); *Northland Properties Ltd. (Re)*, (1988) 73 C.B.R. (N.S.) 175 (B.C.S.C.), confirmé à [1989] 3 W.W.R. 363, 73 C.B.R. (N.S.) 195; *Fairview Industries Ltd. (Re)*, (1991) 11 C.B.R. (3d) 43 (N.S.S.C.T.D.); *Lehndorff General Partner Ltd. (Re)*, (1993) 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

propositions concordataires de la L.F.I. En témoigne l'affaire *Pateman (Re)*,<sup>126</sup> où la Cour du Banc de la Reine du Manitoba prononce un *obiter* qui traduit de sérieuses réserves quant à la possibilité de faire une proposition conjointe.<sup>127</sup> Un autre écart normatif entre les deux lois concerne les sommes dues à la Couronne. Dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition, les réclamations ordinaires et garanties de l'État fédéral ou de l'État provincial prennent rang, en principe, comme réclamations non garanties.<sup>128</sup> De plus, la Couronne fédérale et la Couronne provinciale sont assujetties au régime de la proposition et du concordat de la L.F.I. En ce qui concerne la L.A.C.C., le poids de la jurisprudence favorise la thèse que la Couronne n'est pas liée par la L.A.C.C., à moins qu'elle ne consente à participer au plan de redressement envisagé.<sup>129</sup> Par ailleurs, la L.A.C.C. n'affecterait pas les droits de créancier garanti de la Couronne lorsqu'elle est intéressée à ce titre dans le patrimoine du débiteur.<sup>130</sup> Enfin, signalons que la discrétion judiciaire est plus grande dans le processus mis en place par la L.A.C.C. que dans la procédure concordataire de la L.F.I. Le cadre de la L.A.C.C. est plus souple que celui de la L.F.I.

Pour pouvoir soumettre à ses créanciers un arrangement en vertu de la L.A.C.C., une société par actions doit non seulement être insolvable, mais aussi avoir en circulation une émission de titres d'emprunt régie par un acte de fiducie ou un instrument similaire. Par cette dernière exigence, intégrée à la loi en 1952, le législateur cherchait à restreindre le champ d'application de la L.A.C.C. aux grandes entreprises. La pratique de la L.A.C.C. n'est cependant pas allée dans ce sens. D'une part, l'acte de fiducie<sup>131</sup> sert d'accessoire dans des techniques de financement privé employées par les petites et moyennes entreprises.<sup>132</sup> D'autre part, les praticiens ont développé la technique de l'acte de fiducie instantané :

---

126. [1991] M.J. No. 221 (Q.L.); cité dans E.L. HAYES, *loc. cit.*, note 125, 452.

127. *Pateman (Re)*, *ibid.*, 15. E.L. HAYES, *loc. cit.*, note 125, 452.

128. 86(1) L.F.I.

129. L.J. CROZIER, «Restructuring Crown Debts under the CCAA» [1994] 23 *C.B.L.J.* 453; *Fine's Flowers Ltd. c. Fine's Flower Ltd. (creditors)*, (1993) 22 C.B.R. (3d) 1, 108 D.L.R. 14th 765 (Ont. C.A.); *Poulin (Gaston H.) Contractor Ltd. (Re)*, (1992) 10 C.B.R. (3d) 1 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Enterprises Jean Mercier c. Canada (Procureur général)*, (1992) 15 C.B.R. (3d) 35 (C.A. Québec).

130. A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 107, p. 288.

131. La terminologie de l'acte de fiducie a été abolie avec le C.c.Q. et a été remplacée par l'acte d'hypothèque mettant en cause un fondé de pouvoir représentant les détenteurs de titres d'emprunt : article 2692 C.c.Q.

132. R. DEMERS, *op. cit.*, note 90, pp. 90-93.

une entreprise émet des titres d'emprunt en vertu d'un acte de fiducie quelques jours à peine avant d'avoir recours à la L.A.C.C. pour la seule fin d'être admissible au régime de cette loi. Les tribunaux se sont massivement exprimés en faveur de la légalité de l'acte de fiducie instantané.<sup>133</sup>

La protection de la L.A.C.C. est articulée autour de trois grandes étapes procédurales : la requête introductive, l'assemblée des créanciers et l'homologation par le tribunal. La société par actions débitrice débute le processus par la présentation d'une requête *ex parte* dans laquelle sont essentiellement demandés la suspension des recours et la convocation d'une assemblée des créanciers. La requête doit être accompagnée du plan d'arrangement ou d'une description de ses principaux éléments.<sup>134</sup> Le tribunal accueillera la requête s'il est, d'une part, satisfait que les conditions d'admissibilité au régime de la L.A.C.C. sont remplies et, d'autre part, s'il est minimalement convaincu que l'entreprise possède un potentiel de viabilité économique et qu'il n'est pas improbable que le plan d'arrangement soit accepté par les créanciers.<sup>135</sup>

Il arrive que la procédure introductive prenne la forme d'une requête de sursis<sup>136</sup> dans laquelle le débiteur fait part de son intention de déposer dans un avenir rapproché un plan d'arrangement.<sup>137</sup> Cette requête, si elle est accordée, opère suspension des recours. Il est obligatoire d'attacher à la requête le plan d'arrangement ou une description de ses principales composantes.<sup>138</sup>

Par la suite, le plan d'arrangement est soumis aux créanciers, réunis en assemblée. Ce plan établit une classification des créanciers faite en fonction de leur communauté d'intérêts.<sup>139</sup> Le vote se fait par catégorie et une double majorité est requise : la majorité simple en nombre et au moins les trois-quarts en valeur. En théorie, un arrangement peut lier les créanciers des catégories qui

---

133. A. SERERO, *loc. cit.*, note 123, 566-569; à titre d'illustration jurisprudentielle, voir *Taché Construction Ltée c. Banque Lloyds du Canada*, J.E. 90-1532 (C.S.).

134. *Ibid.*, 578-579.

135. A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 107, pp. 282-283.

136. Anglais : «Holding proposal».

137. A. BOHÉMIER, *op. cit.*, note 107, p. 283.

138. *Ibid.*, p. 284; *Banque Laurentienne du Canada c. Groupe Bovac Ltée*, J.E. 91-1398, (1991) R.L. 593 (C.A. Québec).

139. A. SERERO, *loc. cit.*, note 123, 585.

se sont prononcés en faveur sans pour autant contraindre ceux des catégories qui se sont exprimés contre. Il est toutefois usuel pour la société débitrice de stipuler dans le plan d'arrangement que toutes les catégories de créanciers doivent donner leur assentiment, à défaut de quoi le plan d'arrangement sera retiré.<sup>140</sup>

L'arrangement ne liera les parties que s'il est homologué par le tribunal, qui jouit à cet égard d'une discrétion étendue.

#### **E- L'arrangement de l'article 192 de la Loi sur les sociétés par actions**

En principe, les modifications structurelles d'une société doivent recevoir l'assentiment majoritaire des catégories d'actionnaires ou des porteurs de titres d'emprunt affectés. L'arrangement de l'article 192 L.S.A. déplace ce principe en permettant à une société de régime fédéral de réaliser des changements structurels majeurs sous contrôle judiciaire. C'est le 3<sup>e</sup> paragraphe de l'article 192 L.S.A. qui est la pierre angulaire du mécanisme de l'arrangement

##### **«(3) [Demande d'approbation au tribunal]**

Lorsque la société, qui n'est pas insolvable, n'est pas en mesure d'opérer, en vertu d'une autre disposition de la présente loi, une modification de structure équivalente à un arrangement, elle peut demander au tribunal d'approuver, par ordonnance, l'arrangement qu'elle propose.»

Le tribunal jouit d'une discrétion étendue. Il se trouve à piloter le processus interne par lequel les changements structurels se réaliseront. Il a notamment le pouvoir de demander que les détenteurs de valeurs mobilières de la société approuvent l'arrangement, selon des modalités qu'il aura auparavant fixées.

L'article 192(1) L.S.A. dresse une liste non limitative des modifications de structure envisagées par l'arrangement. Parmi celles-ci, on retrouve la fusion, le fractionnement de l'activité commerciale, la cession de la totalité ou de la quasi-totalité des biens. Instrument souple et à grande portée,

---

140. A. SERERO, *loc. cit.*, note 123, 602-603.

l'arrangement peut servir de cadre procédural à la restructuration d'une entreprise en difficulté, en particulier lorsque l'opération est complexe et comporte plusieurs ordres de changements structuraux. On l'a ainsi utilisé en 1988 dans le sauvetage de l'importante société pétrolière *Dome Petroleum Limited*.<sup>141</sup>

Pour se prévaloir de la procédure de l'arrangement, une société ne doit pas être dans un état d'insolvabilité. Elle doit aussi convaincre le tribunal qu'elle n'est pas en mesure d'opérer, en vertu d'une autre disposition de la L.S.A., une modification de structure équivalente à un arrangement. À la lumière de la jurisprudence, «ne pas être en mesure» ne signifie pas «impossible» mais «difficile».<sup>142</sup>

L'arrangement présente l'avantage de s'appliquer à la fois à l'endettement et aux capitaux propres de l'entreprise. L'ordonnance du tribunal approuvant l'arrangement peut lier non seulement les détenteurs de titres de participation mais aussi les détenteurs de titres d'emprunt. L'arrangement n'atteint cependant pas les créanciers dont les droits ne sont pas constatés par des valeurs mobilières, ce qui limite l'efficacité de la procédure employée dans une optique de redressement. Il est possible de déployer l'arrangement de l'article 192 L.S.A. conjointement avec le mécanisme de la L.A.C.C.<sup>143</sup>

## **F- L'action privilégiée dite «de détresse»**

L'émission d'actions privilégiées est le mode classique par lequel la dette d'une société est convertie en capitaux propres.<sup>144</sup> Parmi les techniques déployées, une avenue particulièrement intéressante pour l'entreprise en difficulté est la conversion d'une dette en actions privilégiées à court terme dites «de détresse».<sup>145</sup> L'avantage pour la société débitrice tient à ce que les

---

141. S.B. SCOTT, T.O. BUCKLEY et A. HARRISON, «The Arrangement Procedure Under Section 192 of the Canada Business Corporations Act and the Reorganization of Dome Petroleum Limited», [1990] 16 *C.B.L.J.* 296.

142. *Ibid.*, 304.

143. 20 L.A.C.C.

144. D.A. BALL, «Corporate Aspects of Reorganization and Refinancing», (1984) 1 *Nat. Ins. Rev.* 84, 93.

145. Anglais : «Distress Preferred Shares».



dividendes versés sur ces titres sont non imposables.<sup>146</sup> Le créancier, détenteur des actions privilégiées, est donc prêt à accepter des dividendes moins élevés que les intérêts sur sa créance, ce qui soulage d'autant la société débitrice. Les actions privilégiées «de détresse» sont émises pour une période maximale de 5 ans. L'émission doit se faire à la suite du défaut de l'emprunteur relativement à la dette faisant l'objet de la conversion.

Dans l'opération de conversion typique, le prêteur cède sa créance en souffrance à une filiale de l'emprunteur, constituée spécialement pour ces fins. L'acquisition est financée par un «prêt d'un jour»,<sup>147</sup> octroyé par le prêteur. Puis, le prêteur souscrit des actions privilégiées «de détresse» émises par la filiale. L'apport relatif à la souscription est constitué par le remboursement du «prêt d'un jour». La filiale, qui est le nouveau créancier de l'emprunteur, renonce à ses paiements d'intérêt, en contrepartie de quoi l'emprunteur s'engage à fournir à sa filiale les fonds pour financer le paiement des dividendes sur les actions privilégiées «de détresse». En plus, l'emprunteur convient d'injecter du capital dans sa filiale de manière à lui permettre de racheter à échéance les actions privilégiées.<sup>148</sup>

## CONCLUSION

L'endettement de l'entreprise baigne dans une singulière mixture juridique où se côtoient classicisme et courants novateurs. Le classicisme ressort du rôle prépondérant de la dynamique de marché dans la fonction régulatrice du niveau d'endettement des entreprises ou dans l'attachement des tribunaux à la liberté contractuelle et au principe de la force obligatoire des contrats. En particulier, cet attachement joue sur plusieurs gammes. Il se manifeste dans les réticences judiciaires à l'égard des conceptions françaises de la responsabilité professionnelle du banquier. Il s'exprime par une tendance lourde de non-interventionnisme judiciaire et législatif au chapitre de la définition des modalités de l'endettement. Il anime la dialectique qui produit la

---

146. J.A.H. GARNER, «Refinancing Instruments for Financially Distressed Companies», (1993) 12 *National Banking Law Review* 75, 82.

147. Anglais : «Daylight loan».

148. Cette description d'une opération-type est tirée de E.A. FISHER, *loc. cit.*, note 23, 23; pour une illustration jurisprudentielle de cette technique, voir *Pioneer Distributions Ltd. c. Bank of Montreal*, (1994) 97 B.C.L.R. (2d) 143.

qualification de dette ou de fonds propres, dialectique marquée par la recherche de l'intention commune des parties. Classicisme aussi, dans la froide réserve ressentie à l'égard de ces doctrines d'inspiration américaine, pourtant séduisantes par leur petit côté inattendu, irrévérencieux, voire contre-culturel. Classicisme, somme toute, dans la spontanéité, la promptitude et le naturel avec lesquels le pouvoir judiciaire se tourne vers les institutions juridiques du libéralisme économique lorsqu'il compose avec la problématique de l'endettement de l'entreprise.<sup>149</sup>

Mais innovation, et audace, dans le déploiement imaginatif du recours pour oppression de l'actionnaire ou l'utilisation astucieuse de la procédure de l'arrangement de la L.S.A. Innovation, et modernité, dans la volonté énergique et clairvoyante du législateur québécois d'implanter un système de sûretés qui reconnaît la spécificité de l'entreprise et la soutient dans ses aspirations. Innovation, et générosité de vues, dans le recul des frontières de la théorie de l'abus des droits contractuels appliquée à la réalisation des sûretés, dans la largesse de l'interprétation et de l'application de la L.A.C.C. ou, encore, dans l'élaboration du mécanisme de la proposition concordataire de la nouvelle législation sur la faillite et l'insolvabilité.

---

149. Ainsi, le professeur Antaki écrivait en 1982 : «Les tribunaux du Québec adhèrent encore généralement au libéralisme économique le plus absolu, au moins en ce qui concerne le droit des affaires». Voir N. ANTAKI, «Rapport général», dans *La survie des entreprises privées en difficulté*, op. cit., note 21, p. 316. L'affirmation, nous semble-t-il, est encore d'actualité; il faut toutefois reconnaître qu'elle a été relativisée par des développements jurisprudentiels récents, comme par exemple la décision *Houle c. Banque nationale du Canada*, précitée, note 96.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'ENDETTEMENT EN DROIT AGRICOLE CANADIEN

**Auteur(s) :** Jane MATTHEWS GLENN

**Revue :** RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 1

**Pages :** 45-78

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12857>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12857>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# L'ENDETTEMENT EN DROIT AGRICOLE CANADIEN\*

par Jane MATTHEWS GLENN\*\*

*Les agriculteurs canadiens s'endettent à des niveaux historiques au point où l'existence même des fermes familiales est menacée, ce qui pose des problèmes sociaux aussi bien qu'économiques. Les gouvernements fédéral et provinciaux essaient d'atténuer les difficultés financières des agriculteurs avec la mise en place de toute une panoplie de mesures visant à protéger les liquidités des entreprises, soit en augmentant leurs revenus (tels que le système de contingentement ou les programmes d'assurance agricole) soit en limitant leurs dépenses (telles que les régimes privilégiés de crédit agricole). De plus, ils protègent les agriculteurs en difficulté financière contre la perte de leurs fermes bien que la compétence en matière de faillite et d'insolvabilité constitue un véritable casse-tête constitutionnel.*

*Ce traitement spécial du monde agricole soulève des questions d'efficacité et d'équité.*

---

---

\*. La présente étude est basée sur un rapport qui a été présenté aux Journées internationales de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, à Buenos Aires, en 1995.

\*\*.

Professeur, Institut de droit comparé, Faculté de droit et École d'urbanisme, Université McGill. Ce texte est une version remaniée des communications données au IIIe Congrès de l'Union mondiale des agraristes universitaires, Chartres-Nantes-Poitiers, France, septembre 1994 (à paraître dans les *Actes* du Congrès), et aux «Journées argentines» de l'Association Henri Capitant, Buenos Aires, Argentine, février 1995.

*The level of indebtedness of Canadian farmers is at an all-time high and the threat to family farms presents social as well as economic problems. Federal and provincial governments have thus adopted a wide range of measures designed to attenuate the financial difficulties of farmers. Some try to improve the cash flow of agricultural enterprises, either by increasing farm revenues (such as the supply management system or crop insurance programmes), or by limiting their expenses (such as preferential farm lending programmes). Others protect farmers in financial difficulty from the loss of their farms, although constitutional jurisdiction in the field of bankruptcy and insolvency is in the nature of a jigsaw puzzle.*

*The special treatment given to farmers raises questions of effectiveness and equity.*

## **SOMMAIRE**

<b>Introduction</b>	47
<b>I. LE RISQUE RELATIF AUX LIQUIDITÉS</b>	50
a) Les mesures visant les revenus	50
b) Les mesures visant les dépenses	55
<b>II. LE RISQUE RELATIF À L'ACTIF</b>	59
a) Les mesures visant la valeur de l'actif	60
b) Les mesures visant la protection de l'actif	66
<b>Conclusion</b>	74

## Introduction

Il y a accord général sur le fait que le secteur agricole canadien subit ses pires difficultés financières depuis la Dépression des années 1930, quand le «krach» mondial fut accompagné d'une sécheresse sans précédent sur les Prairies canadiennes. Les origines des difficultés actuelles remontent au début des années 1970. C'était une époque d'optimisme sans bornes. Les prix des produits agricoles (surtout des céréales) étaient élevés; les taux d'intérêt étaient bas, parfois négatifs;<sup>1</sup> la valeur des terres agricoles était à la hausse; et l'accès au crédit agricole était facile. Les agriculteurs s'endettaient à un niveau historique. Vint la récession des années 1980, et les agriculteurs durent renégocier leurs prêts<sup>2</sup> à une période où les revenus agricoles et la valeur des terres agricoles baissaient alors que les taux d'intérêt montaient en flèche.

À la fin des années 1980, on évalue la dette agricole à un total de 22,2 milliards de dollars, soit une moyenne de 91 200 \$ par exploitation (92 900 \$ au Québec). Les agriculteurs les plus endettés sont les éleveurs de porcs et les producteurs des produits contingentés (c'est-à-dire le lait, les volailles et les oeufs). Ces types de production sont importants au Québec, et leur niveau d'endettement s'élève à 159 800 \$ (porc) et 160 035 \$ (produits contingentés) par exploitation.<sup>3</sup>

Or, l'endettement agricole n'est pas un problème en soi. Il en devient un lorsque le niveau d'endettement dépasse la capacité de remboursement de l'agriculteur. En d'autres mots, ce n'est pas la dette elle-même mais la dette excédentaire<sup>4</sup> qui crée des difficultés. On évalue la dette excédentaire à 22% de

- 
1. En ce sens que le taux nominal était moins élevé que le taux d'inflation : L. BAKER et P.J. THOMASSIN, «Financing New Farm Entrants», (1991) 39 *Revue canadienne d'économie rurale* 255-269.
  2. En 1986, presque 60% du crédit accordé servait au refinancement de la dette existante : Canada, COMITÉ PERMANENT DE L'AGRICULTURE, *Le problème de 22 milliards de dollars : Solutions possibles de restructuration de la dette agricole*, Ottawa, 1988 [ci-après : 1988], p. 35.
  3. Canada, COMITÉ PERMANENT DE L'AGRICULTURE, *Situation de la dette agricole - 1991*, Ottawa, 1991 [ci-après : 1991], pp. 22-24.
  4. L'expression «dette excédentaire» vise le montant par lequel la dette réelle de l'exploitation dépasse sa capacité d'endettement; et la «capacité d'endettement» de l'entreprise est le montant total d'une dette que l'agriculteur peut rembourser régulièrement, aux taux d'intérêt actuels, au moyen de la partie de ses revenus de toutes provenances qui peut être consacrée au service de la dette : *ibid.*, p. 34. «Grosso modo, la capacité d'emprunt [i.e. d'endettement]



la dette agricole canadienne (17% au Québec), ce qui signifie que de la dette totale de 22,2 milliards \$, soit 4,9 milliards \$, 22% ne peut être remboursé.

Le niveau d'endettement excédentaire varie d'une entreprise agricole à une autre. On calcule que quelque 19% des agriculteurs canadiens sont insolvable et un autre 12% ont de graves difficultés financières.<sup>5</sup> La situation financière de certains agriculteurs est donc plus précaire que celle des autres, et cela en raison principalement de leur niveau de revenu, leur âge et le type de production.

Le niveau de revenu joue évidemment un rôle. Cependant, on constate que les agriculteurs à revenu moyen ou élevé sont plus vulnérables sur le plan financier que ceux à faible revenu,<sup>6</sup> constatation qui surprend de prime abord. Elle s'explique du fait que les agriculteurs à revenu moyen et élevé doivent emprunter davantage pour maintenir ou élargir leurs opérations tandis que ceux à faible revenu agricole dépendent moins de leurs opérations agricoles comme principale source de revenu.

---

d'une entreprise correspond à la valeur capitalisée du revenu prévu qui pourra être affecté au service de la dette. Si un agriculteur dispose de 10 000 \$ pour le service de la dette, à un taux d'intérêt de 10%, il devrait être capable d'assumer une dette d'environ 100 000 \$. (Ce chiffre surestime quelque peu la capacité d'emprunt car les paiements de principal ne sont pas compris.)» : 1988, *op. cit.*, note 2, p. 75.

5. 1991, *op. cit.*, note 3, p. 26. Cette classification est basée sur une appréciation globale du risque (le «facteur de risque»), qui représente le «ratio de la dette à l'actif» divisé par le «ratio du service de la dette» (voir *infra*, le texte à la note 10). D'autres indicateurs possibles sont les déclarations de faillite, les avis de renonciation, les saisies, les ventes forcées, les arrérages sur les prêts ou même l'abandon. Par exemple, Chan et Rotenberg suggèrent que quelque 15 à 25% des prêts fédéraux étaient en arriéré en 1985 : M.W.L. CHAN et W.D. ROTENBERG, «Financial Distress in the Canadian Agricultural Sector : A Macro Analysis», (1988) 36 *Revue canadienne d'économie rurale* 531-538, et nous avons relevé un chiffre semblable de 11% pour les prêts québécois à long terme à la même époque : J. MATTHEWS GLENN, *Structures agricoles et législation québécoise*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1988 [ci-après : *Structures*], p. 84.
6. On classe comme agriculteurs à faible revenu ceux dont les ventes sont inférieures à 30 000 \$ et à revenu élevé ceux ayant des ventes supérieures à 82 000 \$ : 1988, *op. cit.*, note 2, p. 63. Les agriculteurs à revenu élevé représentent moins de 25% des agriculteurs mais touchent presque 75% des revenus du secteur; les agriculteurs à faible revenu, par contre, représentent plus de 50% des agriculteurs mais ne touchent que moins de 10% des revenus : *ibid.*, pp. 63 à 64.

Un autre facteur qui affecte le niveau d'endettement de façon un peu inattendue est l'âge des agriculteurs, car même si le niveau de dette excédentaire baisse pour les agriculteurs en fin de carrière, il reste aussi élevé pour les agriculteurs établis que pour les débutants. Les jeunes agriculteurs ont évidemment besoin de capital pour s'établir, certes, mais les agriculteurs établis s'endettent pour élargir leurs opérations.<sup>7</sup>

Un dernier facteur est le type de production. Le plus souvent, ce sont les producteurs de porc qui éprouvent les plus grandes difficultés financières<sup>8</sup> en raison surtout des fluctuations importantes dans le prix de vente; et les producteurs de céréales occupent généralement le second rang pour la même raison, bien que les gouvernements viennent parfois à leur rescousse avec les paiements compensatoires. La position financière des producteurs de produits laitiers et avicoles, par contre, a été relativement stable jusqu'à présent<sup>9</sup> en raison du système de contingentement, mais ils commencent à éprouver des difficultés avec la mise en cause de ce système dans le contexte de la globalisation des échanges.<sup>10</sup>

Comment mesurer l'état financier d'une entreprise agricole? Les publications en sciences économiques nous proposent toute une panoplie de formules (parfois difficiles d'accès pour le profane) mais qui reflètent toutes, il nous semble, soit le rapport entre la dette et la valeur capitale de l'entreprise, soit celui entre ses revenus et dépenses. Un exemple du premier est le «ratio de la dette à l'actif» (ou RDA), qui est défini comme suit :

$$\text{RDA} = \frac{\text{Passif agricole total}}{\text{Actif agricole total}}$$

Un exemple du second est le «ratio du service de la dette» (ou RSD),<sup>11</sup> qui est calculé selon la formule suivante :

---

7. *Ibid.*, pp. 80 à 81.

8. En 1990, 60,2% éprouvaient des difficultés financières, dont 28,6% étaient insolvable et un autre 17,2% avaient des difficultés financières graves : 1991, *op. cit.*, note 3, p. 32.

9. Voir généralement le Tableau 2.3, «Variabilité des prix de certains produits, Canada, 1973-1987», dans 1988, *op. cit.*, note 2, p. 25.

10. 1991, *op. cit.*, note 3, p. 31. Voir *infra*, le texte à la note 28.

11. Cette notion nous rappelle celle de la «capacité d'endettement», discutée *supra*, dans le texte à la note 4.

$$\text{RSD} = \frac{\text{Revenus} - \text{dépenses d'exploitation} - \text{frais de subsistance} + \text{revenu non agricole}}{\text{Principal} + \text{frais d'intérêt}}$$

En d'autres mots, on mesure deux sortes de risques dans l'évaluation de l'état financier d'une entreprise, le risque pour l'actif ou celui pour les liquidités. Le premier vise surtout le bilan financier de l'entreprise et le second, son fonds de roulement (le *cash-flow*).

À notre avis, le risque pour l'actif est plus important pour les institutions financières que pour les entreprises agricoles, car il indique à quel point le montant de la dette serait couvert si l'institution était forcée de saisir les biens de l'entreprise agricole. Or, cette possibilité ne conforte guère l'agriculteur, et une évaluation du risque pour les liquidités lui est plus pertinente.

C'est pourquoi nous examinerons les mesures gouvernementales visant à atténuer le risque relatif aux liquidités (I) avant de considérer la question du risque relatif à l'actif (II).

## **I. LE RISQUE RELATIF AUX LIQUIDITÉS**

Un objectif central de la politique agricole canadienne est d'assurer aux agriculteurs un revenu convenable. C'est ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux cherchent à améliorer la rentabilité des entreprises agricoles - et à atténuer ainsi le risque pour les liquidités - par la mise en place de mesures visant, d'une part, l'augmentation du revenu des agriculteurs et, d'autre part, la limitation de leurs dépenses.

### a) Les mesures visant les revenus

Le revenu des entreprises agricoles canadiennes provient de trois sources principales : la vente des produits agricoles, les subventions gouvernementales et le travail hors exploitation. Nous verrons que les gouvernements ne favorisent que timidement le travail hors exploitation, mais qu'ils interviennent activement pour appuyer les revenus provenant de la vente des produits agricoles et pour assurer aux agriculteurs les paiements compensatoires, le cas échéant.<sup>12</sup>

Le travail hors exploitation est un facteur important dans la survie économique de beaucoup d'entreprises agricoles. Il représente environ 40% du revenu total de la ferme canadienne moyenne. Les agriculteurs du secteur bovin sont ceux qui dépendent le plus du travail hors exploitation (60% de leur revenu total) suivis de ceux des secteurs céréalier (43%) et porcin (29%). Le travail extérieur représente 19% du revenu pour le secteur avicole et 11% pour le secteur laitier.<sup>13</sup> Cette source de revenu est même plus importante pour les petits agriculteurs dont le niveau de ventes agricoles est faible.

Les deux paliers de gouvernement ne privilégient pas le travail hors exploitation, malgré son importance. Ils ne veulent pas offrir aux agriculteurs du dimanche - aux *gentlemen farmers* - les mêmes avantages qu'ils offrent aux vrais agriculteurs. Dans le domaine fiscal, par exemple, on veut éviter que le secteur agricole ne devienne un abri fiscal. C'est pourquoi on limite le montant des pertes agricoles que les agriculteurs à temps partiel peuvent déduire de leurs revenus non agricoles, et on leur nie le bénéfice de l'exonération de 500 000 \$ de l'impôt sur les plus-values autrement disponibles aux agriculteurs.<sup>14</sup> Un autre exemple vient du domaine de la faillite. Bien que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>15</sup> protège les agriculteurs contre la mise en faillite forcée

---

12. Voir généralement J. SPRIGGS et G.C. VAN KOOTEN, «Agriculture : A Review of Stabilization Programs», (1988) 36 *Revue canadienne d'économie rurale* 1, 1-21.

13. C.H. BARNARD et J. GRIMARD, «Financial Characteristics of Canadian and American Farms, 1989», (1992) 40 *Revue canadienne d'économie rurale* 633-641.

14. Voir *Structures*, *op. cit.*, note 5, pp. 52 à 54. L'activité agricole est considérée être à temps partiel pour les fins fiscales si les recettes brutes tirées de l'agriculture sont inférieures au revenu net total tiré de toute autre source pendant au moins trois des sept années antérieures.

15. *Loi sur la faillite*, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 48 (devenue *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* par L.C. 1992, c. 27, art. 90 (1)). Voir *infra*, le texte à la note 96.

(l'ordonnance de séquestre), cette protection se limite aux agriculteurs qui s'adonnent «exclusivement» à l'agriculture, et les tribunaux insistent sur cette notion d'exclusivité pour protéger les crédateurs affectés.<sup>16</sup>

On pourrait citer d'autres exemples du même genre<sup>17</sup> mais nous croyons déceler présentement un assouplissement de l'attitude envers l'agriculture à temps partiel, tout au moins au Québec. Dans le secteur du crédit agricole, par exemple, la règle traditionnelle limitait l'accès au régime privilégié de crédit agricole<sup>18</sup> aux agriculteurs «dont l'agriculture est la principale occupation», ce qui voulait dire que l'agriculteur devait consacrer «la majeure partie de son temps à l'exploitation de son entreprise agricole» et tirer de son exploitation des revenus nets qui excédaient les revenus qu'il touchait d'une autre occupation.<sup>19</sup>

En 1993, cette restriction a été remplacée par une formulation à la fois plus nuancée et plus flexible, selon laquelle il faut que l'agriculture soit simplement «l'activité principale» de l'agriculteur, c'est-à-dire qu'il consacre «à l'agriculture la majeure partie de ses activités, compte tenu du type d'agriculture concerné» et qu'il en tire «la majeure partie de ses revenus, déduction faite des dépenses d'exploitation, le cas échéant».<sup>20</sup> On parle donc de l'activité de l'agriculteur plutôt que de son occupation; on pèse ses activités consacrées à l'agriculture et non seulement le temps consacré à son exploitation; on tient compte du type d'agriculture; et on est moins directif quant au calcul de ses revenus. En 1995, enfin, le gouvernement a supprimé toute restriction relative à l'agriculture à

---

16. Voir par exemple *Re McKelvey*, (1983) 47 C.B.R. (N.S.) 229 (Ont. S.C.) et *Re Lenuik*, (1992) 12 C.B.R. (3d) 206 (Sask. Q.B.). Voir aussi la *Loi sur l'exécution forcée*, L.R.O. 1990, c. E.24, qui admet des exemptions aux agriculteurs s'adonnant «uniquement [solely]» à l'agriculture : art. 2. Par contre, l'application de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, L.R.C. 1985 (2e Suppl.), c. 25 (adoptée sous L.C. 1986, c. 33), n'est pas ainsi limitée. Elle n'exige même pas que l'agriculture soit l'occupation «principale» de l'agriculteur à l'exemple de son précurseur, la *Loi d'arrangements entre cultivateurs et créanciers*, S.C. 1934, c. 52. Voir sur ce point M.A. WEINCZOK, «The Farm Debt Review Act», (1991) 18 *Canadian Business Law Journal* 43, pp. 47-71. Voir aussi *infra*, le texte à la note 102 et suivantes.

17. Voir *Structures*, *op. cit.*, note 5, pp. 51-58.

18. Voir *infra*, le texte suivant la note 54.

19. Voir *Loi sur le financement agricole*, L.Q. 1987, c. 86; et *Règlement d'application de la Loi sur le financement agricole*, Décret 1125-88, 120 G.O.Q.1988.II.4348. Par «revenus nets» on voulait dire des revenus existant «une fois déduits les frais d'exploitation incluant les intérêts reliés aux dépenses d'exploitation, mais à l'exclusion du service de la dette, des provisions pour amortissement et des frais de subsistance» : art. 3 de la *Loi*.

20. *Programme de financement agricole*, Décret 697-93, 125 G.O.Q.1993.II.3591, arts. 2 et 3.

temps partiel dans son nouveau *Programme de financement de l'agriculture*,<sup>21</sup> à l'exception des dispositions portant sur les subventions aux taux d'intérêt où l'on trouve des règles d'admissibilité semblables à celles adoptées en 1993.<sup>22</sup>

En deuxième lieu, les deux paliers de gouvernement protègent les revenus des agriculteurs provenant de la vente des produits agricoles. C'est la raison pour laquelle, par exemple, le gouvernement fédéral reconnaît à l'agriculteur une place privilégiée lors de la faillite de ses interlocuteurs. En effet, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>23</sup> reconnaît aux agriculteurs ayant vendu et livré des produits agricoles à un acheteur commercial une sûreté portant sur la totalité du stock appartenant au failli ou détenu par lui, laquelle sûreté «a priorité [à une exception près] sur tout autre droit, charge ou réclamation - peu importe sa date de naissance - relatif au stock de l'acheteur».<sup>24</sup> Et c'est aussi la raison pour laquelle, dans des circonstances semblables, le gouvernement ontarien leur reconnaît la possibilité d'un paiement par prélèvement d'un fonds créé à cet effet.<sup>25</sup>

Mais c'est surtout en contrôlant le prix de certains produits agricoles que l'on veut assurer aux agriculteurs un revenu agricole convenable. Le véhicule principal<sup>26</sup> est le système de contingentement, dans le cadre duquel le prix de revient du produit est calculé d'après les coûts de production. Le contingentement occupe une place importante parmi les programmes agricoles canadiens, notamment dans les domaines laitiers et avicoles, et il est une des raisons pour lesquelles les producteurs des produits contingentés travaillent en dehors de l'exploitation moins que les autres agriculteurs et dépendent moins des paiements gouvernementaux directs.<sup>27</sup> C'est pourquoi l'élimination du système

---

21. Décret 699-95, 127 G.O.Q.1995.II.2399, adopté aux termes de la *Loi sur la Société du financement agricole*, L.Q. 1992, c. 32 (présentement sous L.R.Q., c. S-11.0101).

22. *Programme de protection contre la hausse des taux d'intérêt*, Décret 699-95, *ibid.*

23. *Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt en conséquence*, L.C. 1992, c. 27, art. 81.2.

24. *Ibid.*, art. 81.2 (1).

25. *Loi sur le recouvrement du prix des produits agricoles*, L.R.O. 1990, c. F.10.

26. Mentionnons aussi la politique gouvernementale en matière de taux de change (c'est-à-dire le maintien de la valeur du dollar canadien en-dessous de celle du dollar américain), qui protège les revenus des agriculteurs dans la mesure où les prix des produits sur le marché mondial sont établis en dollars américains : D. FRESHWATER, «Farm Finance and the Public Sector : A Macroeconomic Perspective», (1987) 35 *Revue canadienne d'économie rurale* 709-733.

27. Voir BARNARD et GRIMARD, *op. cit.*, note 13.

de contingentement au sein de la nouvelle Organisation mondiale du commerce pourrait bouleverser le monde agricole canadien.<sup>28</sup>

En dernier lieu, on épaula les revenus agricoles des entreprises agricoles par toute une série de programmes de paiements directs. Nous pensons surtout aux programmes d'assurance agricole. D'après le programme d'assurance-revenu québécois, par exemple, l'agriculteur reçoit une compensation lorsque son revenu annuel net est inférieur au «revenu annuel net stabilisé».<sup>29</sup> Sur le plan fédéral, une nouvelle loi-cadre, la *Loi sur la protection du revenu agricole*,<sup>30</sup> prévoit la conclusion d'accords fédéral-provincial instituant des «régimes d'assurance-revenu» (pour garantir une partie de la valeur d'un produit agricole des adhérents) et des «programmes de stabilisation du revenu net» (pour permettre aux producteurs agricoles adhérents de déposer des sommes d'argent dans un compte en vue de leur retrait éventuel aux termes de l'accord).<sup>31</sup> La participation à ces programmes provinciaux ou fédéraux est facultative, et implique le paiement d'une cotisation annuelle ainsi que d'une contribution gouvernementale.

Ces paiements directs sont importants, surtout aux agriculteurs des produits non contingentés, tels les producteurs céréaliers et porcins, et leur

---

28. Surtout si les tarifs transitoires de remplacement sont jugés inacceptables dans le cadre de l'Accord de libre échange nord-américain.

29. *Loi sur l'assurance-stabilisation des revenus agricoles*, L.R.Q., c. A-31. Ce programme protège donc les agriculteurs contre toute fluctuation de revenu, quelle qu'en soit la cause. Un deuxième programme, le programme d'assurance-récolte, les protège contre les baisses de revenu occasionnées par les événements naturels comme la sécheresse : *Loi sur l'assurance-récolte*, L.R.Q., c. A-30. Voir aussi, par exemple, le *Saskatchewan Agricultural Returns Stabilization Act*, R.S.S. 1978, c. S-6 remplacé par le *Farm Financial Stability Act*, S.S. 1989-90, c. F-8.001.

30. L.C. 1991, c. 22 (remplaçant la *Loi sur l'assurance-récolte*, L.R.C. 1985, c. C-48, la *Loi sur la stabilisation des prix agricoles*, L.R.C. 1985, c. A-8, et la *Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest*, L.R.C. 1985, c. W-7).

31. Appelés plus couramment RARB («Régime d'assurance du revenu brut») et CSRN («Compte de stabilisation du revenu net») [en anglais : GRIP, «*Gross Income Insurance Programme*», et NISA, «*Net Income Stabilisation Account*»]. On prévoit aussi la mise en place des régimes d'assurance-récolte. Voir généralement 1991, *op. cit.*, note 3, pp. 55-59; et S. McCULLOUGH, «The Legal Structure of Farm Safety Net Programs», pp. 47-62, dans D.E. BUCKINGHAM et K. NORMAN, éd., *Law[,] Agriculture and the Farm Crisis*, Saskatoon, Purich Publishing, 1992. Le fonctionnement de ces programmes crée toujours quelques difficultés : voir M. BENSON, *A History of Agricultural Law : Canada 1867-1995, with particular reference to Saskatchewan*, (manuscrit non publié, 1995), pp. 62-66.

importance a augmenté sensiblement au cours des années 1980. En 1971, les paiements directs représentaient en moyenne 3% du revenu agricole brut et 10% du revenu net des agriculteurs canadiens. Leur importance est demeurée relativement stable jusqu'au début des années 1980, quand leur niveau a monté en flèche pour atteindre 15% du revenu brut et 68% du revenu net en 1988.<sup>32</sup>

Cependant, la valeur des programmes gouvernementaux est souvent capitalisée sous la forme d'un bien patrimonial spécifique tel qu'un quota, ou dans la valeur de l'entreprise agricole même. Par exemple, on place à 149 533 \$ la valeur des quotas laitiers en 1989 et à 244 548 \$ celle des quotas avicoles;<sup>33</sup> et on estime que la valeur capitale des terres agricoles en Ontario augmente de 148 \$ l'hectare pour chaque dollar de paiement direct annuel à recevoir.<sup>34</sup>

En d'autres mots, en protégeant les revenus des agriculteurs actuels, on augmente les dépenses de ceux qui prennent la relève.

#### **b) Les mesures visant les dépenses**

On peut penser à toute une gamme de politiques et programmes gouvernementaux dont l'effet, sinon l'objectif, est de réduire les dépenses des agriculteurs et ainsi d'améliorer leur rendement monétaire. Pour les dépenses courantes, citons à titre d'exemple l'exemption des taxes sur le pétrole, l'allégement des impôts fonciers<sup>35</sup> ou les assouplissements reconnus aux agriculteurs dans les régimes d'impôt sur le revenu. On estime par exemple que le taux moyen effectif d'imposition sur le revenu est de 4% dans le secteur

---

32. BARNARD et GRIMARD, *op. cit.*, note 13.

33. *Ibid.*

34. K. GUNJAL, B. LARUE, R. ROMAIN et C. ROY, «Les subventions des taux d'intérêt et le prix de la terre agricole au Québec», (1994) 42 *Revue canadienne d'économie rurale* 51-64, p. 52, citant K.M. CHUC et C.G. TURVEY, *The Effect of Government Payments on Farmland Values*, Guelph, University of Guelph, 1992.

35. Les fermes et les boisés québécois, par exemple, bénéficient de l'application d'un taux préférentiel, plafonné à 2% de la valeur imposable du terrain avec un maximum de 375 \$ l'hectare; de plus, les agriculteurs sont remboursés par le ministère de l'Agriculture à raison de 70% du montant des taxes foncières municipales et scolaires si la ferme est comprise dans une zone agricole protégée, et 40% autrement : *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., c. F-2.1, art. 214-220. Voir *Règlement sur l'enregistrement des exploitations agricoles et sur le remboursement des taxes foncières et des compensations*, Décret 1692-91, 123 G.O.Q.II.1991.7176, tel que modifié par Décret 841-93, 125 G.O.Q.II.1993.4406.



agricole, en comparaison avec un taux moyen de 15% dans d'autres secteurs de l'économie.<sup>36</sup>

On peut aussi faire état de l'effet atténuant de certains programmes gouvernementaux sur le prix des achats majeurs tels que la terre agricole. Nous pensons ici aux mesures destinées à décourager la spéculation foncière en sol rural par les non-résidents ou par les corporations non agricoles. La plupart des provinces agricoles ont adopté de telles mesures au cours des années 1970, quand le mouvement spéculatif battait son plein.<sup>37</sup> Notons à cet égard l'imposition de taxes élevées sur les transactions de nature spéculative (l'Ontario, 1974; le Québec, 1976)<sup>38</sup> et la réglementation de l'acquisition de terres agricoles par des non-résidents (l'Île-du-Prince-Édouard, 1972; la Saskatchewan, 1974; l'Alberta, 1977; le Manitoba, 1977; et le Québec, 1979)<sup>39</sup> ou par des corporations non agricoles (l'Île-du-Prince-Édouard, 1974; la Saskatchewan, 1974; et le Manitoba, 1977).<sup>40</sup> Nous pensons aussi aux mesures visant à contrôler le lotissement des terres agricoles ou leur utilisation à d'autres fins (la Colombie-

---

36. Canada, MINISTÈRE DES FINANCES, *Questions fiscales dans l'agriculture : Document d'étude*, Ottawa, 1985, pp. 19-20.

37. Une étude québécoise effectuée en 1975, par exemple, estimait qu'au moins 17,5% des terres arables québécoises les plus fertiles (soit quelques 340 000 hectares) faisaient l'objet de spéculation : Québec, MINISTÈRE DE L'AGRICULTURE, *Document de consultation sur la protection du territoire agricole québécois*, 1978, p. 19.

38. Voir *Land Transfer Tax Act*, S.O. 1974, c. 8 (présentement sous *Loi sur les droits de cession immobilière*, L.R.O. 1990, c. L-6) et *Land Speculation Tax Act*, S.O. 1974, c. 17 (abrogée par S.O. 1978, c. 63); *Loi concernant les droits sur les transferts de terrains*, L.Q. 1976, c. 23 (présentement sous L.R.Q., c. D-17).

39. Voir *Real Property Amendment Act*, S.P.E.I. 1972, c. 40 (présentement *Prince Edward Island Lands Protection Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-5, mod. par S.P.E.I. 1990, c. 28 et par *Island Regulatory and Appeals Commission Act*, S.P.E.I. 1991, c. 18); *The Saskatchewan Farm Ownership Act*, S.S. 1973-74, c. 98 (présentement *The Saskatchewan Farm Security Act*, S.S. 1988-89, c. S-17.1, Part VI («Farm Ownership»), mod. par S.S. 1993, c. 51, s. 12); *Foreign Ownership of Land (Temporary) Regulations*, O.C. Alta. 404/77, 1977 (remplacés par *Règlement sur la propriété des terres appartenant à des étrangers/ Foreign Ownership of Land Regulations*, Alta. Reg. 160/79, Alta. Gaz. 1979.706); *The Farm Lands Protection Act*, S.M. 1977, c. 44 (présentement *Loi sur la propriété agricole/ The Farm Lands Ownership Act*, L.R.M. 1987, c. F35, mod. par L.M. 1993, c. 10); et *Loi sur l'acquisition des terres agricoles par des non-résidents*, L.Q. 1979, c. 65 (présentement sous L.R.Q., c. A-4.1).

40. Voir la législation précitée, note 39 (pour l'Île-du-Prince-Édouard, voir S.P.E.I. 1974, c. 84). Voir généralement J. MATTHEWS GLENN, «The Legal Status of Agro-Industrial Enterprises», pp. 274-289, dans *Contemporary Law/ Droit contemporain*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992.

Britannique, 1973; et le Québec, 1978).<sup>41</sup> Cependant, l'influence de cette législation sur la valeur des terres est incertaine. Elle dépend surtout de l'opinion des spéculateurs quant à la permanence du système de protection, et les indications sur ce point sont ambiguës.<sup>42</sup>

Mais ce sont les actions gouvernementales dans le domaine du crédit agricole sur lesquelles il y a lieu d'insister. En baissant le coût du crédit, on améliore le rendement monétaire des agriculteurs et on atténue ainsi le risque pour les liquidités. Par exemple, le gouvernement québécois (par l'intermédiaire de la Société du financement agricole) contribue au paiement des frais d'intérêt des prêts à long terme, avec une subvention qui est calculée sur la partie du prêt n'excédant pas 250 000 \$ et qui est égale à la moitié de l'excédant de 8% du taux auquel est consenti le prêt (présentement le taux préférentiel majoré de 1%).<sup>43</sup> Cette contribution est bonifiée dans le cas des prêts d'établissement de jeunes agriculteurs.<sup>44</sup> D'autres gouvernements provinciaux suivent des politiques semblables.<sup>45</sup>

- 
41. *Agricultural Land Commission Act*, S.B.C. 1973, c. 46 (présentement sous R.S.B.C. 1979, c. 9); *Loi sur la protection du territoire agricole*, L.Q. 1978, c. 10 (présentement sous L.R.Q., c. P-41.1). L'Ontario a choisi de procéder plus indirectement, en faisant de la protection des terres agricoles un objectif du système d'aménagement du territoire : voir J. MATTHEWS GLENN, «Approaches to the Protection of Agricultural Land in Quebec and Ontario : Highways and By-ways», (1985) 11 *Analyse de Politique/Canadian Public Policy* 665-676.
  42. Voir par exemple PIERCE, «The B.C. Agricultural Land Commission : A Review and Evaluation», (1981) 21:2 *Plan Canada* 48; BERGERON, GAUDREAU et THIBODEAU, *Le zonage agricole, un bilan positif : Les effets de la Loi 90 sur la région sud de Montréal*, Montréal, INRS-Urbanisation, 1986; J. MATTHEWS GLENN et J.M. WOLFE, «The Effects of Regional County Municipal Plans and Agricultural Zoning in the Region of Montreal», (1992) November *Plan Canada* 9-13.
  43. *Programme de protection contre la hausse des taux d'intérêt*, précité, note 22. Ce programme est cependant moins généreux que par le passé, quand on prévoyait des subventions à partir de 4% (*Programme de financement agricole*, précité, note 20) et le plafonnement des taux d'intérêt au taux préférentiel majoré de 1/2% (*Règlement d'application de la Loi sur le financement agricole*, précité, note 19).
  44. Avec une bonification plus importante reconnue aux jeunes agriculteurs ayant reçu une formation académique en agriculture : *Programme d'aide à l'établissement, au développement et à la formation*, Décret 699-95, précité, note 21, arts. 11 à 26. (Voir auparavant *Règlement d'application de la Loi sur le financement agricole*, précité, note 20.)
  45. Par exemple le *Programme d'aide aux agriculteurs débutants* de la Société de développement agricole de l'Alberta : 1988, précité, note 2, pp. 31-32.

Un autre exemple, du niveau fédéral cette fois, est le programme des prêts basés sur les prix<sup>46</sup> aux termes duquel les paiements de l'agriculteur sont liés à son revenu agricole. On réserve le bénéfice de ce programme aux agriculteurs dont le prêt est en règle, ce qui complique un peu son fonctionnement. La Cour d'appel de l'Alberta l'a expliqué comme suit :

«... The concept was to index loan payments to changes in farm commodity prices.... Two options were available : full indexing or partial indexing of the commodity-based loans.... [The full indexing option] offered the borrower a 6% interest rate with the principal amount fully indexed to selected commodity prices. The primary security was to be a land mortgage written for the face amount of the loan with interest at 2% above the FCC 10-year rate in effect when the loan was approved. In this case, that meant that the interest rate was to be 13% per annum.

Under a separate commodity-based loan agreement (Side Agreement), FCC agreed with [l'agriculteur] that under certain circumstances, and notwithstanding the terms of the Mortgage, payments to FCC would be adjusted semi-annually. These adjustments were tied to two separate elements in the Side Agreement : the *principal balance* upon which the payments would be calculated and the *interest rate* applicable thereto. Article 2 of the Side Agreement provided that when [l'agriculteur] was not in default under the Mortgage, the interest rate would be reduced to 6% per annum. But the interest would not be calculated on the principal sum outstanding under the Mortgage (Mortgage Balance). Instead, under the Side Agreement, interest was to be calculated on the *principal balance outstanding from time to time under the Side Agreement* (Side Agreement Balance).

The Side Agreement was designed to work in this way. At the inception of the Side Agreement, the Side Agreement Balance would be the same as the Mortgage Balance. However, during the term of the Side Agreement, the Side Agreement Balance would be adjusted semi-annually to reflect any corresponding increases or decreases in the farm produce index. In turn, payments made by

---

46. En anglais, *commodity-based loans*. Voir *Règlement sur les taux d'intérêt de la Loi sur le crédit agricole - Modification*, C.P. 1986-771, DORS/86-389 (Gazette du Canada, Partie II, 1986, Vol. 120, p. 1632).

[l'agriculteur] to FCC would fluctuate based on the changes in the Side Agreement Balance. This balance would serve as the basis for calculating the interest owing by [l'agriculteur] for the preceding semi-annual period. This concept required FCC to maintain two separate account balances throughout the term of the Side Agreement and Mortgage : the Side Agreement Balance and the Mortgage Balance.

On the maturity date of the Mortgage, *again provided that the borrower was not in default*, FCC would discharge the Mortgage on payment of the lesser of the Side Agreement Balance and the principal amount owing under the Mortgage, adjusted in accordance with the terms of art. 12(ii) of the Side Agreement. Of course, one would not know ahead of time which amount would be higher on maturity of the Mortgage. This would be contingent upon the single most important variable, that is the effect of the fluctuations in the farm produce index throughout the term of the Side Agreement.»<sup>47</sup>

La Cour a reconnu la validité de cette façon de procéder en décidant que le principal et le taux d'intérêt dus sur l'hypothèque étaient stipulés avec suffisamment de précision pour satisfaire les exigences de la *Loi sur les intérêts*.<sup>48</sup>

Cependant, la valeur des programmes visant à réduire les dépenses des agriculteurs se capitalise tout autant que celle des programmes destinés à augmenter leur revenu. Par exemple, on suggère que le prix d'un contingent reflète non seulement la valeur capitalisée des revenus anticipés mais aussi celle des avantages fiscaux (c'est-à-dire la possibilité de déduire du revenu annuel la valeur amortie du contingent).<sup>49</sup> Et on calcule que le programme québécois de subvention des taux d'intérêt ajoute au moins 7% à la valeur de la terre.<sup>50</sup>

---

47. *Farm Credit Corporation v. Lacombe Nurseries Ltd.* (1992) 89 D.L.R. (4th) 732, 734-735.

48. L.R.C. 1970, c. I-18 (présentement sous L.R.C. 1985, c. I-15). De toute façon, il s'agit d'un programme du gouvernement fédéral, comme la Cour l'a souligné, et la compétence constitutionnelle exclusive en matière d'intérêt relève du gouvernement fédéral. Voir *infra*, le texte à la note 89.

49. GLENDAY et BARICHELLO, «The Tax Expenditure of Agricultural Marketing Quota Deductibility», (1985) 33 *Revue canadienne d'économie rurale* 263-284.

50. Romain, *loc. cit.*, note 34.

Autrement dit, les efforts gouvernementaux pour minimiser le risque quant aux liquidités sont parfois des lames à double tranchant.<sup>51</sup> On protège le porte-monnaie de l'agriculteur en place, certes. En autant que la valeur du programme est capitalisée dans l'actif de la ferme, on améliore aussi son bilan financier. L'agriculteur en place reçoit ainsi un double bénéfice du programme en question, mais ce double bénéfice se fait aux dépens de celui qui prendra la relève. Celui-ci doit payer la valeur capitalisée du programme, ce qui nuit à son rendement monétaire. Si, par contre, le programme vise à contrôler la valeur d'un bien en capital (tel que le sol arable avec des mesures anti-spéculatives, par exemple), on protège le fonds de roulement de caisse de l'agriculteur futur, mais on le fait aux dépens du bilan financier de l'agriculteur en place.

En minimisant le risque pour les liquidités de l'un, on augmente le risque pour l'actif de l'autre.

## II. LE RISQUE RELATIF À L'ACTIF

Le phénomène de capitalisation indique que les notions du fonds de roulement de caisse et du bilan financier ne fonctionnent pas en vase clos mais sont, au contraire, intimement liées. Le modèle traditionnel de croissance d'une entreprise agricole souligne le lien entre ces deux notions. Typiquement, le bilan financier de l'entreprise consiste initialement en un actif (ou avoir initial) assez réduit et un passif (ou niveau d'endettement) élevé. On présume un profit de l'entreprise et le paiement graduel de la dette, ce qui veut dire que le passif de l'entreprise décroît et son actif augmente. Un profit implique aussi des investissements nouveaux dans l'entreprise, ce qui augmente encore la valeur de l'actif. L'avoir acquis s'ajoute à l'avoir initial. Vient enfin la possibilité de l'augmentation de l'avoir par l'inflation et d'autres facteurs externes. À la fin, donc, le bilan financier de l'entreprise type comporte un passif réduit et un actif élargi qui comprend l'avoir initial, l'avoir acquis (les revenus de la ferme transformés en actif) et l'avoir inflationniste, s'il y en a. L'avoir inflationniste inclut la valeur capitalisée des programmes gouvernementaux.<sup>52</sup>

---

51. On les accuse aussi de ne pas être suffisamment ciblés dans leurs effets et de bénéficier souvent plus aux agriculteurs prospères qu'aux agriculteurs en détresse : R.D. BOLLAN, «Who Receives Farm Government Payments?», (1989) 37 *Revue canadienne d'économie rurale* 351-378.

52. 1988, *op. cit.*, note 2, pp. 79-80.

Il ne faut pas méconnaître l'importance que l'avoir représente pour une entreprise agricole. En effet, le calcul traditionnel du taux de rendement agricole comprend le taux de rendement en capital aussi bien que son taux de rendement monétaire, et le taux en capital est historiquement plus important que le taux monétaire. Entre 1953 et 1987, le taux en capital représentait 58%, et le taux monétaire 42% du taux de rendement agricole; entre 1971 et 1987, l'écart était beaucoup plus large, avec des taux respectifs de 71% et 29%. L'inflation des années 1970 en est la raison principale.

**a) Les mesures visant la valeur de l'actif**

L'effet de l'inflation sur la valeur de l'actif des entreprises agricoles est important. Au cours des années 1970, la valeur du capital agricole de la ferme canadienne moyenne quadruplait<sup>53</sup> et la hausse importante de la valeur de la terre en était largement responsable.<sup>54</sup> La demande de crédit pendant cette période expansionniste était donc telle que l'on modifia de trois façons différentes le système du crédit agricole alors en vigueur.

Une première modification consistait à changer les conditions auxquelles on prêtait aux agriculteurs. En effet, avant les années 1970 les institutions financières gouvernementales avaient surtout consenti les prêts en fonction du revenu de l'entreprise agricole plutôt qu'en fonction de sa valeur capitale. En d'autres mots, elles s'étaient intéressées davantage au risque relatif aux liquidités qu'au risque relatif à l'actif. Mais l'inflation des années 1970 fit en sorte qu'on rejeta le conservatisme de cette approche. En 1975, par exemple, on modifia la *Loi sur le crédit agricole* fédérale pour autoriser la Société de crédit agricole à consentir des prêts en fonction de la valeur marchande de l'entreprise et non plus simplement en fonction de son revenu.<sup>55</sup> De plus, on a augmenté graduellement la part de la valeur marchande qui pourrait être

---

53. 1991, *op. cit.*, note 3, p. 5. Cette constatation est même conservatrice, car elle ne prend en compte que les montants investis dans des biens traditionnels tels que l'immobilier, les bâtiments, le matériel et le bétail, mais non pas ceux investis dans des biens nouveaux tels que les contingents.

54. La valeur globale des terres avait augmenté selon un taux annuel composé de près de 14% entre 1971 et 1982 : *ibid.*, p. 7, citant la Société du crédit agricole, *Statistique sur le crédit agricole*.

55. 1988, *op. cit.*, note 2, p. 31; R. ASHMEAD, «Financial Intermediation : Performance and Opportunity», (1988) 36 *Revue canadienne d'économie rurale* 813-819.

couverte par les prêts. Au Québec, par exemple, le système tandem<sup>56</sup> autorisait des prêts jusqu'à concurrence de 75% de la valeur de la ferme en premier lieu, pour l'augmenter à 80% et puis à 85% par la suite.

Une deuxième réponse fut de chercher de nouvelles sources de financement. La tradition canadienne, qui date de 1927<sup>57</sup> sur le plan fédéral et de 1936 sur le plan québécois,<sup>58</sup> était de s'appuyer sur les gouvernements comme source principale du financement agricole.<sup>59</sup> Cette tradition reflétait la perception que le secteur bancaire privé répondait mal aux besoins des agriculteurs. Cette perception changea au cours des années 1970 et on révisa alors le système pour laisser une place plus large aux institutions privées.<sup>60</sup> C'est ainsi qu'en 1977, on a permis aux banques à charte de consentir aux agriculteurs des prêts hypothécaires à long terme.<sup>61</sup> L'année suivante, le Québec a mis en place son système dit «tandem» avec l'adoption de la *Loi favorisant le crédit agricole à long terme par les institutions privées*.<sup>62</sup> D'après le système tandem, les prêts agricoles sont consentis par le secteur privé aux agriculteurs approuvés préalablement par la Société du financement agricole. Pour sa part, le gouvernement (ou plus précisément le Fonds d'assurance-prêts agricoles et forestiers<sup>63</sup>) garantit au prêteur un remboursement partiel des pertes subies (en plus de subventionner les taux d'intérêt).<sup>64</sup>

---

56. Voir *infra*, le texte à la note 62.

57. Avec l'adoption de la *Loi sur le prêt agricole canadien*, S.C. 1927, c. 43 (devenue *Loi sur le crédit agricole*, L.R.C. 1985, c. F-2, et remplacée par *Loi sur la Société du crédit agricole*, L.C. 1993, c. 14). Voir généralement J.-E. BRASSARD, *Financial Assistance for Farmers : A Lawyer's Guide to Federal Programs*, Toronto, Carswell, 1987.

58. Avec l'adoption de la *Loi sur le crédit agricole*, S.Q. 1936 (2e sess.), c. 3.

59. Ou plus précisément, sur les gouvernements par l'intermédiaire d'un organisme créé à cette fin, la Société du crédit agricole sur le plan canadien et l'Office du crédit agricole (devenue récemment la Société de financement agricole) sur le plan québécois.

60. 1988, *op. cit.*, note 2, pp. 29 à 32.

61. *Ibid.*, p. 31; R. ASHMEAD, *loc. cit.*, note 55.

62. L.Q. 1978, c. 50 (voir présentement *Loi sur la Société de financement agricole*, précitée, note 21).

63. *Loi sur l'assurance-prêts agricoles et forestiers*, L.R.Q., c. A-29.1 (adoptée sous L.Q. 1978, c. 49). Voir Camille G. MOREAU, «Prêts garantis ou assurés dans le cadre des régimes québécois de financement agricole et forestier et réalisation des garanties», [1987] *Cours de Perfectionnement du Notariat* 169-182.

64. Voir *supra*, le texte à la note 43. Les modifications à la pièce apportées au régime du crédit au cours des années 1970 ont eu comme résultat un réseau entremêlé de programmes et de législation (voir généralement MOREAU, «Les régimes de financement agricole et forestier», [1985] *Cours de Perfectionnement du Notariat* 277-286; Paul CHAREST, «Les

Depuis cette modification au système du crédit agricole, le gouvernement fédéral joue surtout le rôle de prêteur de dernier recours, et consent des prêts à risque élevé aux agriculteurs délaissés par le secteur privé; les gouvernements provinciaux, pour leur part, jouent surtout le rôle de garants des prêts du secteur privé. En somme, les gouvernements se sont retirés progressivement du domaine, pour laisser la place aux institutions privées. En 1976, par exemple, la Société du crédit agricole fédéral avait fourni 59,7% de tout le crédit agricole en cours; en 1986, elle n'avait fourni que 40,0% et la part des banques était alors de 30,9%.<sup>65</sup> L'entrée en force de telles institutions sur le marché du crédit agricole avait un effet inflationniste certain sur la valeur de l'actif agricole.

Plus récemment, on a suggéré que les particuliers, notamment les agriculteurs qui prennent leur retraite, jouent un rôle plus actif dans le financement de la relève.<sup>66</sup> Une possibilité est que le vendeur d'une entreprise agricole soit considéré comme prêteur à l'intérieur du système de crédit agricole, et bénéficiaire à ce titre des mêmes subventions et garanties gouvernementales que les institutions privées. Le Québec a fait ce changement lors d'un remaniement législatif en 1987,<sup>67</sup> suite à des représentations en ce sens de l'Union des producteurs agricoles.<sup>68</sup>

---

régimes de financement agricole et forestier», [1985] *Cours de Perfectionnement du Notariat* 287-304; et *Structures*, *op. cit.*, note 5, pp. 19-29). Le gouvernement y a effectué un remaniement législatif en profondeur en 1987 avec l'adoption de la *Loi sur le financement agricole*, précitée, note 19, et encore en 1992 avec son remplacement par la *Loi sur la Société de financement agricole*, précitée, note 21.

65. 1988, *op. cit.*, note 2, p. 32. En 1976, la part des gouvernements provinciaux était de 16,3% et celle des particuliers, de 15,0%; en 1986 leurs parts étaient de 15,1% et 10,1%, respectivement. Une autre étude indique qu'en 1981, les prêts consentis par la Société du crédit agricole ne représentaient que 20,5% de la valeur totale des nouveaux prêts à long terme, en comparaison avec 69,3% en 1973 : Société du crédit agricole, *Statistiques sur le crédit agricole fédérale*, cité dans Union des producteurs agricoles, *Le financement agricole*, Mémoire présenté à la Commission parlementaire de l'agriculture, mars 1985, p. 23.

66. En règle générale, leur rôle est indirect en ce sens que les institutions servent d'intermédiaires entre l'agriculteur qui prend sa retraite et celui qui prend la relève. Le premier investit la somme réalisée lors de la vente de son entreprise dans les instruments d'épargne offerts par les institutions financières; le deuxième finance son achat auprès de ces mêmes institutions financières : 1991, *op. cit.*, note 3, p. 141.

67. Voir *op. cit.*, note 64.

68. Union des producteurs agricoles, *op. cit.*, note 65, p. 38. L'U.P.A. s'inquiète toutefois de ce qu'une telle participation ne devienne en fait une condition préalable à l'octroi de l'assistance financière gouvernementale : U.P.A., *Projet de loi 46 : Loi sur le financement agricole*,



Une autre suggestion, faite par le Comité permanent de l'agriculture en 1988, est d'offrir aux agriculteurs qui prennent leur retraite des garanties visant à les encourager à conserver une participation minoritaire dans leur exploitation et ainsi à offrir au nouvel acheteur la possibilité d'une acquisition échelonnée dans le temps. Les sociétés agricoles, que les gouvernements encouragent par toute une gamme de mesures,<sup>69</sup> remplissent déjà ce rôle dans la mesure où elles permettent le transfert graduel de l'entreprise d'une génération à l'autre, la part de chaque génération changeant selon son apport en capital ou en travail.

Une troisième suggestion visant à encourager la participation des agriculteurs retraités dans le financement agricole, issue elle aussi du Comité permanent, est de créer des «certificats de placement agricole» ou des «obligations de vendeur», avec un taux de rendement intéressant, dans lesquels les vendeurs peuvent investir à la place des instruments d'épargne traditionnels du secteur bancaire.<sup>70</sup>

La troisième réponse, la plus récente, est de suggérer de nouveaux modes de financement agricole, des modes qui tiennent compte mieux que le modèle traditionnel des difficultés de financer la valeur de l'actif d'une entreprise. Une première proposition est de promouvoir la location de terres agricoles.<sup>71</sup> Or, la tradition canadienne veut que l'agriculteur soit propriétaire de la ferme et que le recours à la location des terres agricoles serve principalement à l'agrandissement de fermes établies et non pas à l'établissement de fermes nouvelles. Mais acheter une ferme implique une dépense immédiate importante, et un niveau d'endettement trop lourd pour l'agriculteur débutant. On ne peut plus compter sur l'augmentation de l'avoir par l'inflation.<sup>72</sup> D'où la suggestion d'alléger les dépenses initiales de l'agriculteur par la location des terres agricoles, avec option d'achat éventuel.

---

Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur l'agriculture, les pêcheries et l'alimentation, octobre 1987, p. 19.

69. Voir *Structures*, op. cit., note 5, pp. 71-76.

70. 1988, op. cit., note 2, p. 142. On suggère comme taux de rendement la combinaison d'un taux d'intérêt fixe (e.g. 3%) et un taux d'intérêt variable fondé sur la productivité du secteur agricole.

71. L. BAKER et P.J. THOMASSIN, «Farm Ownership and Financial Stress», (1988) 36 *Revue canadienne d'économie rurale* 799-811.

72. Voir par exemple K.K. KLEIN et S.J. THATCHYK, «Impacts of Land Purchase on Financial Health of Saskatchewan Crop Farms : A Whole-Farm Simulation», (1987) 35 *Revue canadienne d'économie rurale* 639-652.

Pour financer l'achat éventuel, on suggère la création, comme véhicule d'épargne, d'un «Régime enregistré d'épargne pour les entreprises agricoles», qui constituerait un abri fiscal à l'exemple de l'ancien «Régime enregistré d'épargne-logement».<sup>73</sup> Ou on suggère que les terres agricoles soient tenues par une fiducie créée à cet effet par le gouvernement.<sup>69</sup> L'agriculteur louerait des terres auprès de la fiducie et pourrait acheter un certain nombre d'actions ou d'unités de fiducie chaque année, qu'il remettrait éventuellement à la fiducie à titre de paiement de la terre.<sup>75</sup> L'exemple le plus pertinent de cette dernière suggestion est peut-être la constitution des banques de terres arables en vertu de laquelle un organisme gouvernemental, tel que le ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec, est autorisé à acquérir des terres agricoles pour ensuite les louer aux agriculteurs ou aux aspirants-agriculteurs à un loyer modique avec option d'achat éventuel. La constitution des banques de terres n'est pas nouvelle au Canada, et ce sont surtout le Nouveau-Brunswick, l'Île-du-Prince-Édouard, la Saskatchewan et le Québec qui possèdent ou possédaient les régimes législatifs les plus développés en la matière.<sup>76</sup>

À l'objection que les locataires soient moins libres dans leurs décisions que les propriétaires, on souligne la position parfois dépendante des propriétaires des entreprises agricoles endettées :

«[Les agriculteurs] ne parviennent pas à comprendre que lorsqu'une entreprise agricole est lourdement hypothéquée, l'exploitant n'est plus

---

73. En anglais, «Registered Farm Savings Plan» et «Registered Home Ownership Plan». Voir 1988, *op. cit.*, note 2, pp. 108-109.

74. Cette suggestion vise surtout les terres agricoles aux mains des institutions financières, telles la Société du crédit agricole fédéral, ou d'autres organismes gouvernementaux.

75. 1988, *op. cit.*, note 2, p. 109. Cette dernière suggestion nous rappelle le roulement inter-génération des entreprises agricoles à l'intérieur d'une société agricole : voir *supra*, le texte à la note 69.

76. *Farm Adjustment Act*, S.N.B. 1966, c. 9 (maintenant sous *Loi sur l'aménagement des exploitations agricoles*, L.R.N.B. 1973, c. F-3, telle que modifiée par L.N.B. 1980, c. 21); *Land Development Corporation Act*, S.P.E.I. 1969, c. 40 (remplacée par *Agricultural Development Corporation Act*, S.P.E.I. 1990, c. 1); *The Land Bank Act*, S.S. 1972, c. 60 (abrogée par S.S. 1982-83, c. L-2.1, et remplacée par *The Farm Purchase Program Act*, S.S. 1982-83, c. F-8.1); *Loi modifiant la Loi sur le ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation*, L.Q. 1979, c. 66 (maintenant sous L.R.Q., c. M-14), Décret 156-81, 113 G.O.Q.II.1981.II.495, et Décret 1936-84, 116 G.O.Q.1984.II.4464. Voir généralement J. MATTHEWS GLENN, «L'intervention de l'État dans l'agriculture : Un aperçu législatif», (1983) 28 *Revue de droit de McGill* 928-976, 952-955.

qu'un actionnaire minoritaire qui, à toutes fins pratiques, loue son entreprise d'une institution financière à des taux hypothécaires normaux.»<sup>77</sup>

Il y a évidemment beaucoup de vérité dans cette observation.<sup>78</sup> Cependant, il ne faut pas ignorer que le droit privé canadien, tant la *common law* que le droit civil, ne reconnaît pas aux locataires de terres agricoles la même protection que le droit européen. Aucune règle de droit privé ne leur accorde un droit au maintien dans les lieux, par exemple, ni même un droit d'exiger un bail à long terme, pas plus qu'un droit de préemption lors de la mise en vente des terres agricoles. Et aucune règle de droit privé ne leur garantit une liberté d'exploitation de la même façon que le droit français ou belge, par exemple.<sup>79</sup> À notre avis, c'est une objection de taille à un recours plus poussé à la location de terres arables à l'heure actuelle. On peut envisager la location de terres publiques dans le cadre d'un programme gouvernemental à cet effet, et la constitution de la banque québécoise de terres arables en est la preuve. Mais on ne peut envisager la location de terres agricoles comme solution généralisée aux problèmes de financement sans que l'agriculteur soit protégé davantage par des modifications importantes au droit privé.

Deux autres suggestions de nouveaux modes de financement sont le prêt hypothécaire avec participation à la plus-value et le financement par actions.<sup>80</sup> Le premier est généralement financé par la combinaison d'un taux d'intérêt réduit et une participation dans la plus-value future de la propriété foncière, et

---

77. 1988, *op. cit.*, note 2, p. 81.

78. Aux termes de la *Loi sur le crédit agricole*, précité, note 57, par exemple, l'agriculteur devait soumettre à l'approbation de la Société «un plan de mise en valeur agricole» qu'il était tenu de respecter sous peine d'annulation du prêt et son remboursement immédiat : arts. 34 et 40 à 41.

79. Voir par exemple R. GOTZEN, «Agrarian Land Law in Belgium», pp. 20-34 dans W. BRUSSAARD et M.R. GROSSMAN, *Agrarian Land Law in the Western World*, Oxford, C.A.B. International, 1992; et L. LORVELLEC, «Agrarian Land Law in France», dans W. BRUSSAARD et M.R. GROSSMAN, *supra*, pp. 51-70.

80. En anglais, «*Shared-Appreciation Mortgage*» et «*Equity Financing*». Voir 1988, *op. cit.*, note 2, pp. 126-134; et A.D. BARAU et J.H. CLARK, «Evaluating Alternative Mortgage Instruments for Low-equity Ontario Dairy Farms», (1987) 35 *Revue canadienne d'économie rurale* 553-569 et (1988) 36 *Revue canadienne d'économie rurale* 359-360.

la combinaison varie selon l'appréciation du risque.<sup>81</sup> Le deuxième implique l'introduction d'un financement extérieur par la participation des tiers dans l'actif de la ferme (achat d'actions, propriété en indivision, etc.).

Ces deux modèles ont en commun de privilégier la participation de tiers (vraisemblablement des non-agriculteurs) dans le capital de la ferme. Or, les gouvernements canadiens ont comme politique de décourager l'acquisition, tant indirecte que directe, du sol agricole par des non-agriculteurs. On veut surtout empêcher l'intégration verticale.<sup>82</sup> À notre avis, ce sont justement les grandes corporations agro-alimentaires situées en amont ou en aval de l'entreprise agricole qui voudraient se prévaloir de ces nouveaux modes de financement. Il faudrait donc prendre soin de faire en sorte que leur mise en place n'aille pas à l'encontre de cette politique traditionnelle.

Quoi qu'il en soit, la pratique de prêter sur la base de l'actif de l'entreprise agricole, qui a été suivie assidûment au cours des deux dernières décennies, met en danger la sécurité de l'actif quand les agriculteurs ne sont plus en mesure de repayer leurs dettes. Ne rien faire aurait été un choix inacceptable sur le plan politique,<sup>83</sup> et les deux paliers de gouvernement se sont sentis obligés de mettre en place des mesures pour protéger l'agriculteur contre la saisie de ses biens en paiement de ses dettes.

#### **b) Les mesures visant la protection de l'actif**

Devons-nous protéger les agriculteurs en difficulté contre la perte de leurs fermes? Jusqu'ici, la réponse est généralement sympathique au monde agricole. Il faut protéger un mode de vie qui reflète l'image qu'ont les Canadiens d'eux-mêmes et de leur histoire. On attend un redressement de la situation économique du pays et, en attendant, on protège l'agriculteur en difficulté

---

81. Par exemple, une participation à un ratio de 75/50 implique un taux d'intérêt à 75% du taux de marché et une participation à 50% de la plus-value future de la propriété foncière : 1988, *op. cit.*, note 2, p. 126.

82. Voir la législation précitée, note 39; et voir généralement J. MATTHEWS GLENN, *loc. cit.*, note 40.

83. Voir par exemple N.S. GERRARD, «"Loss" is a Four Letter Word : The Human Consequences of the Rural Crisis and Resources Needed to Address Them», pp. 39-46 dans D.E. BUCKINGHAM et K. NORMAN, *op. cit.*, note 31.

financière. Deux mesures-clés visent, d'une part, l'intérêt à payer sur les dettes et, d'autre part, la saisie des biens de l'agriculteur.

Quant à l'intérêt à payer, nous avons vu que les difficultés financières viennent en partie du fait que les agriculteurs ont dû renégocier leurs prêts à une époque où les taux d'intérêt atteignaient des niveaux historiques.<sup>84</sup> Même subventionnés, les taux d'intérêt étaient tels que les agriculteurs ne pouvaient plus repayer leurs dettes avec le revenu de la ferme. Une solution pour les agriculteurs en difficulté, donc, est de réduire les taux d'intérêt sur les prêts existants.

Sur le plan constitutionnel, les deux niveaux de gouvernement sont libres de gérer leurs propres ressources financières comme ils le veulent. C'est le principe du «pouvoir de dépenser». Cette liberté ne peut être restreinte par la réglementation de l'autre palier gouvernemental : c'est le principe de «l'immunité inter-juridictionnelle». Ensemble, ces deux principes signifient que chaque gouvernement peut accorder les réductions du taux d'intérêt des prêts consentis par lui ou par son intermédiaire. On peut citer comme exemple fédéral la réduction temporaire de 5% du taux d'intérêt des prêts consentis pendant les années 1980 dans le cadre d'un «programme de prêts spéciaux» offerts aux agriculteurs en difficulté financière grave.<sup>85</sup> Et un exemple provincial datant de la même époque est le programme *Ontario Family Farm Interest Rate Reduction (OFFIRR)*.<sup>86</sup>

Pour des raisons constitutionnelles, cependant, les gouvernements provinciaux ne peuvent agir directement sur les taux d'intérêt du secteur privé, soit en contrôlant les taux d'avance,<sup>86</sup> soit en les réduisant par la suite, et des tentatives provinciales en ce sens pendant les années 1930 ont échoué devant les

---

84. Voir *supra*, le texte à la note 2.

85. *Lois sur les prêts agricoles bonifiés (No. 1) et (No. 2)*, S.C. 1980-81-82-83, c. 92 et c. 131 (abrogées par L.C. 1994, c. 38, arts. 27 & 28).

86. Offert en 1985 aux agriculteurs ontariens en difficulté temporaire et destiné à réduire le taux d'intérêt à un maximum de 8%, ce programme a été élargi et prolongé par la suite : Ontario, Ministry of Municipal Affairs, *Background*, 85/33, 86/4 et 86/30.

87. Mais les provinces peuvent néanmoins les limiter indirectement, en indiquant le plafond du taux des prêts bénéficiant de la participation gouvernementale (garanties de remboursement, subventions à l'intérêt, etc.).

tribunaux.<sup>88</sup> Le pouvoir réglementaire sur les taux d'intérêt relève du gouvernement fédéral en vertu de sa juridiction sur «l'intérêt de l'argent» sous l'article 91 (19) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.<sup>89</sup> Toutefois, des interventions du gouvernement fédéral visant à réduire les taux d'intérêt sur des prêts déjà consentis par le secteur privé nous semblent peu probables pour des raisons politiques.

Quant à la saisie des biens de l'agriculteur, la situation constitutionnelle est plus complexe. Règle générale, la juridiction sur les obligations, et donc sur l'exécution des obligations, relève des gouvernements provinciaux en raison de leur compétence en matière de «propriété et les droits civils dans la province».<sup>90</sup> C'est ainsi que les provinces ont pu adopter la législation traitant de l'exécution forcée des obligations, y compris les dettes, et y reconnaître une mesure de protection contre la saisie en nature. D'après la *Loi sur l'exécution forcée*<sup>91</sup> ontarienne, par exemple, sont insaisissables la machinerie et les outils de travail des agriculteurs dont la valeur ne dépasse pas 5 000 \$.<sup>92</sup> La juridiction provinciale s'étend évidemment aux créances garanties<sup>93</sup> telles que les hypothèques, et chaque province a légiféré au sujet de l'exécution forcée de telles créances.<sup>94</sup>

Par contre, la juridiction sur «la banqueroute et la faillite» relève du gouvernement fédéral sous l'article 91 (21) de la *Loi constitutionnelle*,<sup>h</sup> ce qui

---

88. Voir P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1992, pp. 635-637; R.C.C. CUMING, «The Legal Solution to the Farm Debt Crisis : Constitutional Considerations», dans D.E. BUCKINGHAM et K. NORMAN, *op. cit.*, note 31, pp. 63-76.

89. Antérieurement l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.) (présentement sous S.R.C. 1985, App. II, No. 5).

90. *Ibid.*, art. 92 (13).

91. Précitée, note 16, art. 2.

92. Quoique minimale, cette exemption est quand même plus importante que celle de 2 000 \$ offerte aux autres travailleurs.

93. À l'exception des sûretés établies conformément à l'art. 427 (auparavant l'art. 88, devenu l'art. 178) de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46, qui relèvent du pouvoir fédéral en raison de sa compétence en matière des banques et des opérations bancaires (art. 91 (15) de la *Loi constitutionnelle*) : *Banque de Montréal v. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121. Voir aussi *Mackesey v. Royal Bank of Canada* (1991), 86 D.L.R. (4th) 637 (Sask. C.A.). Voir généralement R.J. WOOD, «Farm Repossessions by Banks : Saskatchewan Farm Protection Legislation and the Section 178 Device», (1986-87) 12 *Canadian Business Law Journal* 120-131.

94. Voir par exemple *Loi sur les hypothèques*, L.R.O. 1990, c. M.40.

95. Précitée, note 89.

suggère un chevauchement juridictionnel relatif à la protection des biens de l'agriculteur en difficulté financière.

Le gouvernement fédéral s'est prévalu de sa compétence en matière de faillite et d'insolvabilité pour protéger les agriculteurs contre la mise en faillite forcée (l'ordonnance de séquestre) dans le cadre de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.<sup>96</sup> Cependant, cette protection se limite aux agriculteurs individuels qui s'occupent exclusivement de l'agriculture et les tribunaux donnent une interprétation restrictive à cette limitation, non seulement en ce qui concerne la notion d'exclusivité, comme nous l'avons vu,<sup>h6</sup> mais aussi à l'égard de celle de l'individualité. D'après eux, le choix effectué lors du remaniement législatif de 1949<sup>98</sup> de limiter cette protection aux «particuliers» et non plus aux «personnes»<sup>99</sup> indique que la protection contre la faillite forcée ne s'étend plus aux regroupements agricoles.<sup>100</sup>

Dans la même veine, ce même pouvoir fédéral justifie l'adoption d'un processus législatif visant la conclusion d'un compromis ou arrangement entre un agriculteur en difficulté et ses créanciers dans le but, justement, d'éviter la mise en faillite de l'agriculteur. Le Conseil privé a reconnu la validité constitutionnelle de cette approche dans *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*,<sup>ecc</sup> une décision de 1937 portant sur la *Loi d'arrangement entre les cultivateurs et créanciers, 1934*.<sup>102</sup>

---

96. Précitée, note 15. Voir aussi *supra*, le texte à la note 23 (position privilégiée de l'agriculteur lors de la faillite d'un commerçant).

97. Voir *supra*, le texte à la note 16.

98. S.C. 1949 (2e Sess.), c. 7, art. 30, remplaçant S.R.C. 1927, c. 11, art. 7.

99. En anglais, «*individuals*» à la place de «*persons*».

100. *Re Witchehan Lake Farms Ltd.* (1974), 50 D.L.R. (3d) 314 (Sask. C.A.) (corporation agricole); *Langille v. Toronto-Dominion Bank* (1982), 131 D.L.R. (3d) 571 (C.S.C.) (société agricole).

101. *Farmers' Creditors Arrangement Reference*, [1937] A.C. 391.

102. Précitée, note 16. Quoique de portée générale, cette loi n'est entrée en vigueur dans une province donnée que sur proclamation : art. 18. En 1943, elle a été remplacée par la *Loi de 1943 sur les arrangements entre cultivateurs et créanciers*, S.C. 1943, c. 26 (dernièrement sous L.R.C. 1970, c. F-5; abrogée par L.C. 1988, c. 2, s. 68 (Annexe IV, No. 13)) qui, elle, ne visait que les agriculteurs du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Alberta.

Cette loi fédérale, qui avait préséance sur la *Loi sur la faillite* de l'époque,<sup>103</sup> avait été adoptée parce que, d'après son préambule, il était «essentiel dans l'intérêt du Dominion de retenir sur leurs terres tous les cultivateurs à titre de producteurs effectifs». Elle prévoyait donc la mise en place d'un processus obligatoire de composition avec la participation des «commissions provinciales de révision» dont le mandat était d'approuver les propositions relatives au remboursement des dettes des agriculteurs, y compris les dettes envers les créanciers garantis, lesquelles propositions devenaient exécutoires une fois homologuées par la cour.<sup>104</sup>

La loi de 1934 servit de modèle pour l'adoption, en 1986, de la *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*<sup>105</sup> dont le but, pour reprendre les mots d'un commentateur, était «d'assurer, par une tierce partie impartiale, un examen de la situation financière d'un agriculteur en difficulté financière ou insolvable pour lui faciliter la conclusion d'un arrangement avec ses créanciers et ainsi lui permettre de continuer à exploiter son entreprise agricole».<sup>106</sup> La différence principale entre cette législation et celle antérieure est que la composition éventuelle est nécessairement consensuelle et non pas imposée. Son effet est donc moins contraignant pour les créanciers.<sup>107</sup>

Aux termes de la loi, un agriculteur en difficulté ou insolvable s'adresse à un «Bureau d'examen de l'endettement» établi dans sa province afin que celui-ci nomme un «comité d'examen» de la situation financière de son entreprise agricole. Si l'agriculteur n'est qu'«en difficulté financière» (notion qui n'est pas définie par la loi), le comité peut agir comme simple conseiller financier de l'agriculteur, ou il peut mettre ses bons offices à la disposition de celui-ci et de ses créanciers afin de les aider à conclure un arrangement à l'amiable. Dans le

---

103. Art. 2 (2). Son champ d'application était plus large en ce sens qu'elle ne contenait pas les mêmes restrictions d'exclusivité et d'individualité. Voir *supra*, le texte à la note 15 et suivant la note 96.

104. La loi de 1943, précitée, note 102, était essentiellement au même effet sauf que les commissions de révision ont été supprimées, et la proposition était soumise directement à la cour.

105. Précitée, note 16.

106. Gaston PARADIS, «Étude comparative de la Loi sur l'examen de l'endettement agricole, (S.C. 1986, c. 33) et de la Loi sur la faillite, (S.R.C. 1970, c. B-3)», [1987] *Cours de Perfectionnement du Notariat* 183-192.

107. Voir B.A. FARLINGER, «The Farm Debt Review Act», (1988) 2 *Banking & Finance Law Review* 223-235. Voir aussi M.A. WEINCZOK, *loc. cit.*, note 16.



cas d'un agriculteur «insolvable», par contre, le comité remplit nécessairement les deux fonctions et, entre-temps, tout recours que pourraient exercer les créanciers, y compris les créanciers garantis, contre les biens de l'agriculteur en question est suspendu pendant une période de trente jours (renouvelable jusqu'à 120 jours).<sup>108</sup> De plus, tout créancier garanti qui veut réaliser sa sûreté doit en avvertir l'agriculteur, pour que celui-ci puisse déclencher le processus statutaire s'il le veut.<sup>109</sup>

La compétence fédérale en matière de faillite et d'insolvabilité limite l'étendue des pouvoirs autrement reconnus aux gouvernements provinciaux en vertu de leur juridiction à l'égard de «la propriété et les droits civils dans la province» ainsi que de «l'administration de la justice».<sup>110</sup> Pour cette raison il n'est pas possible aux provinces d'adopter une législation semblable à la législation fédérale portant sur les arrangements entre cultivateurs et créanciers. En effet, dans le *Debt Adjustment Reference*,<sup>eee</sup> le Conseil privé s'est appuyé sur sa décision dans la *Farmers' Creditors Arrangement Reference*<sup>112</sup> pour décider de l'invalidité d'une loi albertaine de 1937, la *Debt Adjustment Act*.<sup>eee</sup> Cette loi protégeait les agriculteurs de la province contre l'exécution forcée de leurs obligations et instaurait un processus de composition obligatoire sous l'égide d'un organisme provincial, le *Debt Adjustment Board*. En décidant ainsi, le tribunal avait néanmoins reconnu les difficultés auxquelles les agriculteurs devaient faire face :

«Their Lordships approach the important questions before them on the assumption that there was sufficient and, it may be said, grave need for legislation for the relief of distress in the province. They desire, however, to point out that the question before them is not as to the

---

108. Voir par exemple *Nelson's Lazy H Ranches (1984) Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1992] 3 W.W.R. 574 (Alta C.A.).

109. *Loi sur l'examen de l'endettement agricole*, précitée, note 16, art. 22.

110. Art. 92 (14) de la *Loi constitutionnelle*, précitée, note 89.

111. *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1943] A.C. 356.

112. Précitée, note 101.

113. S.A. 1937, c. 9. D'autres provinces des Prairies ont aussi adopté des *Debt Adjustment Acts* à la même époque. Voir e.g. pour la Saskatchewan : S.S. 1931, c. 59, et S.S. 1934-35, c. 88.

expediency, still less as to the wisdom, of the present Act. The question is simply one as to the power of the province to pass it.»<sup>114</sup>

Par contre, les tribunaux ont reconnu aux provinces la juridiction pour imposer un moratoire sur la mise en oeuvre des sûretés afin de donner aux débiteurs la possibilité de rembourser leurs dettes ou de régulariser leurs contrats,<sup>115</sup> et certaines provinces canadiennes ont légiféré en ce sens au cours des années 1980.<sup>116</sup>

La Saskatchewan a été la première province à intervenir dans les années 1980, avec l'adoption en 1984 d'une mesure temporaire, *The Farm Land Security Act*,<sup>ess6</sup> qui imposait à tout créancier hypothécaire voulant réaliser sa garantie l'obligation de donner un préavis de 120 jours à l'agriculteur et au «*Farm Land Security Board*», un organisme créé aux termes de la loi, afin de permettre à celui-ci d'examiner la situation financière de l'agriculteur, d'agir comme médiateur entre débiteur et créateur, et de présenter un rapport au tribunal qui statue sur la demande. Le tribunal devait refuser la demande de prise en paiement si le créancier ne réussissait pas à établir que l'agriculteur ne pourrait vraisemblablement pas remplir ses obligations.<sup>118</sup> La mesure devient permanente avec l'adoption en 1988 d'une loi de remplacement, *The Saskatchewan Farm Security Act*,<sup>essh</sup> contenant des dispositions qui sont

---

114. Précitée, note 111, 368. Voir, au même effet, la déclaration de MacPherson, C.J.Q.B., dans *Carbert v. Farm Credit Corporation*, [1993] 5 W.W.R. 58 (Sask. Q.B.), p. 64 : «Good faith and genuineness on the part of either the Legislature or Parliament cannot render as constitutionally correct that which is constitutionally incorrect. Nor can my very real sympathy for the plight of so many of our farming citizens be a factor in my conclusion.»

115. *Banque de Montréal v. Hall*, précitée, note 93, 131.

116. Voir D.H. LAYH, «Legislative Options to Manage the Farm Debt Crisis», dans D.E. BUCKINGHAM et K. NORMAN, *op. cit.*, note 31, pp. 77-96.

117. S.S. 1984-85-86, c. F-8.01 (jusqu'au 31 décembre 1985 avec possibilité de prolongation d'un an). Notons qu'une loi des années 1930, *The Limitation of Civil Rights Act*, S.S. 1939, c. 93, servait en quelque sorte de modèle de la législation plus récente en ce sens qu'elle autorisait le tribunal à suspendre une action en réalisation «after making such enquiries as are deemed necessary concerning the income and assets of the parties» : art. 15.

118. Plus précisément, la loi stipule que «the mortgagee has the burden of proof to establish that : (a) the farmer has no reasonable possibility of meeting his obligations under the mortgage; or (b) the farmer is not making a sincere and reasonable effort to meet his obligations under the mortgage»; et en tout cas, le tribunal peut toujours refuser la demande d'action en réalisation «if it is satisfied that it is not just and equitable according to the purpose and spirit of this Act to make the order» : art. 9 (10) et (11).

119. Précitée, note 39.

semblables à toute fin pratique. De plus, la loi de 1988 interdit des actions en réalisation à l'égard de la ferme résidentielle;<sup>120</sup> elle limite les recours du créancier à son action de garantie et interdit toute action supplémentaire sur la dette, le cas échéant.<sup>121</sup> Et elle reconnaît à l'agriculteur dépossédé un droit de préemption à l'occasion de la mise en vente ultérieure des terres reprises. En 1992, enfin, on a modifié *The Saskatchewan Farm Security Act*<sup>122</sup> de façon à reconnaître à tout agriculteur dépossédé de ses terres le droit de les louer par la suite du créancier ou de ses ayant cause, pour une période de six ans et aux termes et conditions établis par un «*Farm Tenure Arbitration Board*» nouvellement créé sous la loi. Cette modification respecte-t-elle le pouvoir provincial en matière de propriété et de droits civils, ou empiète-elle sur le pouvoir fédéral en matière de faillite et d'insolvabilité? Nous ne sommes pas sûrs, mais une décision récente du *Court of Queen's Bench* de la Saskatchewan a déclaré la modification inapplicable à la Société du crédit agricole fédérale.<sup>123</sup>

Le Manitoba a suivi l'exemple de la Saskatchewan en 1986, avec l'adoption de la *Loi sur la protection des exploitations agricoles familiales*.<sup>124</sup> Aux termes de celle-ci, une autorisation préalable du tribunal est exigée pour toute action visant la saisie des terres agricoles ou de l'équipement, incluant les animaux. Le tribunal statue avec la participation d'une «Commission de médiation agricole du Manitoba», qui examine la situation financière de l'agriculteur en tenant compte, entre autres choses, de la possibilité d'entente entre débiteur et créancier, la capacité financière de l'agriculteur et la présence d'efforts «réels et raisonnables» de sa part de faire face à ses obligations.<sup>125</sup> On prévoit aussi la création d'un «Comité consultatif des exploitants agricoles» ainsi

---

120. C'est-à-dire la résidence et les 90 acres environnantes (36 hectares) [le «*homestead*»]. Cette disposition trouve ses origines dans *The Farm Security Act*, S.S. 1944 (2nd Sess.), c. 30 (éventuellement sous R.S.S. 1978, c. F-9). Cet acte-ci imposait également un moratoire sur des actions en réalisation lors d'une perte de rendement par suite d'un désastre naturel; cette protection a été d'abord insérée dans *The Limitation of Civil Rights Act*, précitée, note 117, en 1941 : voir S.S. 1941, c. 18.

121. Voir comme source originale *An Act to amend The Limitation of Civil Rights Act*, S.S. 1934-35, c. 89.

122. S.S. 1992, c. 74.

123. *Carbert v. Farm Credit Corporation*, précitée, note 114. La Cour a décidé ainsi en raison de la compétence fédérale à l'égard des terres publiques fédérales sous l'art. 91 (1A) de la *Loi constitutionnelle*, précitée, note 88.

124. *The Family Farm Protection Act*, S.M. 1986-87, c. 6 (présentement sous C.P.L.M., c. F15).

125. Art. 9.

que des «Sous-comités consultatifs»<sup>126</sup> pour assister les parties, y compris la Commission, dans le processus de médiation. La loi manitobaine prévoit enfin la possibilité d'un moratoire plus contraignant, décrété par le Lieutenant-Gouverneur en Conseil, qui restreint davantage la possibilité que le tribunal autorise une action en réalisation.<sup>127</sup>

Le Québec n'a que très timidement emboîté le pas des provinces de l'ouest en incluant dans la *Loi sur le financement agricole*<sup>128</sup> des dispositions prévoyant la constitution d'un «comité de réexamen» pour :

«examiner, sur demande de tout intéressé, son dossier à la suite d'une décision de l'Office [du crédit agricole] de réaliser ou d'autoriser un prêteur à réaliser les garanties détenues à l'égard d'un prêt, d'une ouverture de crédit ou d'un prêt spécial consenti en vertu de la présente loi ou de toute autre loi dont l'administration ressortit à l'Office.»<sup>129</sup>

Aux termes de celle-ci, la réalisation des garanties était suspendue pendant la période de réexamen mais pas nécessairement au-delà de cette période, quoiqu'en pensait le comité de réexamen, car celui-ci ne pouvait que faire des recommandations à l'Office. La décision finale de poursuivre ou non la réalisation des garanties de l'agriculteur en difficulté financière relevait toujours de l'Office.

Cependant, ces dispositions n'ont pas été reprises lors du remaniement législatif de 1992<sup>130</sup> et la législation actuelle passe sous silence ce problème épineux de savoir comment maintenir sur leurs terres les agriculteurs en difficulté financière tout en respectant les droits de leurs créanciers.

## Conclusion

Les agriculteurs canadiens bénéficient d'une position privilégiée au sein de l'économie canadienne. Les gouvernements tant provinciaux que fédéral ont

---

126. En anglais, «Peer Advisory Committee» et «Peer Advisory Panels» : voir l'art. 26 et suivants.

127. Art. 14 et suivants.

128. Précitée, note 19.

129. Art. 117, al. 1 (2).

130. Voir *supra*, note 64.

mis en place toute une panoplie de mesures visant à protéger la marge d'autofinancement des agriculteurs, soit en augmentant leurs revenus, soit en limitant leurs dépenses. De plus, ils protègent les agriculteurs en difficulté financière contre la perte de leurs fermes. Ce traitement spécial du monde agricole soulève des questions d'efficacité et d'équité.

L'efficacité de ces mesures n'est pas évidente. Nous avons constaté, d'abord, que le phénomène de la capitalisation de la valeur des programmes limite leur portée à long terme.<sup>131</sup> Le plus souvent, ils bénéficient aux agriculteurs en place aux dépens de ceux qui prennent la relève. On peut rester sceptique, ensuite, quant à la possibilité d'aider les agriculteurs en difficulté, surtout quand la cause de leur détresse est plutôt permanente que transitoire. Il se peut, donc, que l'endettement excédentaire doive être éliminé par les saisies en nature ou par les *write-offs*, et que toute tentative de ralentir le processus ne fasse que le rendre plus difficile et plus coûteux pour les agriculteurs aussi bien que pour les institutions financières.

Privilégier ainsi les agriculteurs canadiens est également discutable du point de vue de l'équité. Ces programmes coûtent cher aux gouvernements qui, eux aussi, doivent faire face à un niveau préoccupant d'endettement à l'heure actuelle. Peut-on justifier des paiements directs aux agriculteurs, surtout à leur niveau actuel,<sup>132</sup> quand les gouvernements doivent couper massivement leurs dépenses dans d'autres secteurs qui touchent tout le monde, comme l'éducation et la santé, et quand le secteur agricole contribue moins aux coffres gouvernementaux que d'autres secteurs de l'économie canadienne?<sup>133</sup> Cette question devient même plus pertinente quand on considère que le tir des programmes est souvent mal ajusté, de sorte qu'ils bénéficient plus aux agriculteurs prospères qu'à ceux en difficulté financière.<sup>134</sup> Et peut-on équitablement offrir aux entreprises agricoles en difficulté une protection contre la saisie de leurs biens qu'on n'est pas prêt à offrir aux entreprises, même familiales, dans d'autres secteurs de l'économie?

---

131. Voir *supra*, le texte aux notes 33 et 49 et suivantes.

132. Nous avons vu qu'ils représentaient 68% du revenu net des agriculteurs en 1988 : *supra*, le texte à la note 32.

133. Nous avons vu que les agriculteurs paient un taux moyen de 4% d'impôt sur le revenu, tandis que le taux moyen dans d'autres secteurs est de 15% : *supra*, le texte à la note 36.

134. *Loc. cit.*, note 51.

En fin de compte, cependant, on ne peut rester indifférent face à la contribution des agriculteurs au développement du Canada, à son mode de vie et à son économie actuelle. Avant d'entreprendre une réforme en profondeur des politiques et programmes agricoles, il faudrait donc bien en peser le pour et le contre.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LES TÉMOINS DE JÉHOVAH ET LE REFUS DE CERTAINS TRAITEMENTS : PROBLÈMES DE FORME, DE CAPACITÉ ET DE CONSTITUTIONNALITÉ DÉCOULANT DU « CODE CIVIL DU QUÉBEC »

**Auteur(s) :** Robert P. KOURI, Charlotte LEMIEUX

**Revue :** RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 1

**Pages :** 77-132

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12858>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12858>

*Page vide laissée intentionnellement.*



**LES TÉMOINS DE JÉHOVAH ET LE REFUS DE  
CERTAINS TRAITEMENTS :  
PROBLÈMES DE FORME,  
DE CAPACITÉ ET DE CONSTITUTIONNALITÉ  
DÉCOULANT DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC***

par Robert P. KOURI\*  
Charlotte LEMIEUX\*\*

*Les auteurs examinent, à la lumière du droit québécois, la validité de la carte portée par les Témoins de Jéhovah, carte avisant les instances médicales qu'aucune transfusion de sang ne doit leur être administrée dans les cas où ils seraient autrement incapables d'exprimer leur refus. Cet examen vise tant le majeur que le mineur apte.*

*Les auteurs se penchent également sur certains articles spécifiques du Code civil du Québec concernant l'âge requis pour consentir aux soins médicaux, afin de savoir s'ils respectent les principes enchâssés dans la Charte canadienne des droits et libertés ainsi que dans la Charte des droits et libertés de la personne.*

---

- 
1. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
  2. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.  
Les auteurs désirent remercier leurs collègues, les professeurs Pierre Blache et Suzanne Philips-Nootens, qui ont lu ce texte et qui l'ont enrichi de plusieurs suggestions. Toutefois, les opinions exprimées sont celles des seuls auteurs.

*The writers examine the validity under Quebec law, of cards carried by Jehovah's Witnesses which instruct health-care providers that no blood transfusions or products be administered to them, should they be otherwise incapable of expressing their refusal of such treatment. The issue of validity is raised not only when the refusal is made by adults but also by mature minors.*

*The writers also discuss whether certain restrictive provisions of the Civil Code concerning the age of consent to medical care respect principles enunciated in the Canadian Charter of Rights and Freedoms and in Quebec's Charter of Human Rights and Freedoms.*

<i>Les Témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements:</i> (1995) 26 R.D.U.S. <i>problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité</i> <i>découlant du Code civil du Québec</i>	79
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b>	79
<b>A - Validité de la carte de refus de transfusion à la lumière du <i>Code civil</i></b>	83
I - Le majeur et la portée de la carte	84
II - Le mineur et la portée de la carte	91
a) Dans les cas où l'enfant est âgé de quatorze ans et plus	92
b) Dans le cas où l'enfant est âgé de moins de quatorze ans	98
<b>B - Validité de certaines dispositions du <i>Code civil</i> sur le consentement aux soins à la lumière des <i>Chartes</i> canadienne et québécoise</b>	104
I - La <i>Charte</i> canadienne	104
II - La <i>Charte</i> québécoise	122
<b>Conclusion</b>	127

## Introduction

Tous admettent désormais que le majeur capable a le droit de refuser des soins médicaux,<sup>1</sup> même au péril de sa vie.<sup>2</sup> Malgré les hésitations de certains auteurs,<sup>3</sup> et en dépit de l'adoption antérieure d'un texte de loi affirmant le contraire, texte qui toutefois n'a jamais été mis en vigueur,<sup>4</sup> le droit actuel ne souffre plus de doute à cet égard. Une fois le principe admis, son application pose toutefois certaines difficultés. Il arrive que l'autorité des directives émises à l'avance pour valoir en cas d'incapacité, soit nébuleuse. Le «testament biologique»<sup>5</sup> qui, la plupart du temps, a pour but d'éviter l'acharnement thérapeutique, en est un exemple. Un autre exemple est celui de la carte que portent les Témoins de Jéhovah (ci-dessous désignée comme étant la «carte»), et par laquelle ces derniers, en vertu d'une interdiction biblique,<sup>6</sup> expriment leur

- 
1. Cf. *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119 à la p. 135 où le juge Cory écrit : «N'oublions pas que tout patient a droit au respect de sa personne, ce qui comprend le droit de décider si, et dans quelle mesure, il acceptera de se soumettre à des actes médicaux. Chacun a le droit de décider de ce qu'on pourra faire subir à son corps et, partant, de refuser un traitement médical auquel il n'a pas consenti». Voir également *Engel c. Salyn*, [1993] 1 R.C.S. 306, à la p. 315. En droit anglais, voir *Sidaway v. Bethlem Royal Hospital Governors*, [1985] 1 All E.R. 643, à la p. 666 (H.L.) (Lord Templeman); *Re T (adult : refusal of treatment)*, [1992] 4 All E.R. 649, [1992] 3 W.L.R. 782 (C.A.); *Re C (adult : refusal of medical treatment)*, [1994] 1 All E.R. 819.
  2. Articles 10 et 11 C.c.Q. Dans *Ciarlariello*, le juge Cory a laissé entendre cependant que le retrait du consentement pourrait être écarté «[...] dans des circonstances où, d'après la preuve médicale, l'interruption du procédé compromettrait la vie du patient ou présenterait des problèmes graves et immédiats pour sa santé», *ibid.*, p. 136. Notons que dans *Ciarlariello*, le traitement fut entrepris avec le consentement de la patiente qui, par la suite, avait retiré son consentement pendant l'angiographie.
  3. Par exemple, A. Mayrand, *L'Inviolabilité de la personne humaine*, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1975, à la p. 49, n° 40; M. Ouellette dans R. Kouri, M. Ouellette, «Corps humain et liberté individuelle», (1975) 6 R.D.U.S. 85, à la p. 102.
  4. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, 5e sess., 32e législature du Québec, 1984, présentée le 19 décembre 1985 et adoptée le 15 avril 1987, (1987 L.Q. c. 18, article 12, «Le consentement aux soins médicaux n'est pas requis en cas d'urgence, lorsque la vie de la personne est en danger[...]»).
  5. Que ce testament biologique soit contenu ou non dans un mandat donné en prévision de l'incapacité (articles 2131, 2166 C.c.Q.). Voir également *Self-Determination in Health Care (Living Wills and Health Care Proxies)*, Winnipeg : Manitoba Law Reform Commission 1991, Rapport # 74 - juin 1991.
  6. Lévitique 17:10-12; Actes 15:28,29.

refus de transfusions sanguines, même si ce refus peut compromettre leurs chances de survie.<sup>7</sup>

Dans les provinces de *Common law*, la force obligatoire de la carte, du moins lorsque son porteur est adulte et apte au moment de la signature, ne semble plus faire de doute depuis la retentissante affaire *Malette v. Shulman*.<sup>8</sup> Madame Malette, âgée de cinquante-sept ans, était passagère dans la voiture conduite par son époux lorsqu'elle a été grièvement blessée dans une collision avec un camion circulant en sens inverse. Elle a été transportée inconsciente à l'hôpital Kirkland and District, où le médecin omnipraticien de garde à l'urgence, le docteur Shulman, a constaté qu'elle souffrait de graves blessures à la tête et qu'elle avait perdu beaucoup de sang. Pour éviter que la patiente ne tombe en état de choc, on lui a d'abord installé un soluté (glucose et lactate de Ringer). Devant l'insuffisance de ce procédé, on a décidé de lui donner une

- 
7. La carte, intitulée **INSTRUCTIONS MÉDICALES PRÉALABLES/DÉCHARGE**, est signée devant deux témoins. La date y est également inscrite. Normalement, cette carte est renouvelée chaque année. Le texte de la carte se lit comme suit :
- «Je soussigné(e), \_\_\_\_\_, formule ces instructions préalables comme une expression officielle de ma volonté. Elles reflètent une décision catégorique de ma part. Je demande instamment qu'on ne m'administre **pas de transfusion sanguine** (sang total, globules rouges, globules blancs, plaquettes ou plasma sanguin) et ce quelles que soient les circonstances, même si les médecins la jugent nécessaire pour préserver ma vie ou ma santé. Néanmoins, j'accepte des restaurateurs non sanguins du volume plasmique (Dextran, solution saline ou de Ringer, Plasmion, Plasmagel, etc.) et d'autres techniques ne faisant pas appel au sang.
- Par ces instructions légales, j'exerce mon droit d'accepter ou de refuser des traitements médicaux en accord avec des principes et des convictions auxquels je tiens profondément. Je suis Témoin de Jéhovah, et je ne veux pas de sang, afin d'obéir aux ordres de la Bible, comme celui-ci "Abstenez-vous du sang." (Actes 15:28,29). C'est là ma position religieuse inébranlable depuis \_\_\_\_\_ ans. Je suis âgé(e) de \_\_\_\_\_ ans.
- Je sais aussi que les transfusions de sang présentent des dangers. J'ai donc décidé de me protéger de ces dangers et par contre, d'accepter tous les risques que semblerait entraîner mon choix d'un traitement qui remplace le sang.
- Je décharge les médecins, les anesthésistes, les hôpitaux et leur personnel de la responsabilité de tout dommage que pourrait provoquer mon refus du sang, malgré leurs soins satisfaisants par ailleurs.**
- J'autorise la (ou les) personne(s) nommée(s) au verso à s'assurer que mes instructions formulées sur ce document soient respectées et à répondre à toute question relative à mon refus catégorique du sang.» (Reproduit avec permission).
8. (1987) 63 O.R. (2d) 243, 47 D.L.R. (4th) 18, 43 C.C.L.T. 62 (High Court of Justice); (1990) 72 O.R. (2d) 417, 67 D.L.R. (4th) 321, 2 C.C.L.T. (2d) 1 (Court of Appeal).

transfusion sanguine, mais avant qu'il en soit fait ainsi, une infirmière a trouvé dans le sac à main de Madame Malette une carte, rédigée en français, et signée par la patiente elle-même. Cette carte mentionnait que Madame Mallette était membre des Témoins de Jéhovah, et qu'en raison de ses croyances religieuses, elle ne voulait en aucune circonstance recevoir du sang ou de ses dérivés. La teneur de cette carte, qui n'était ni datée ni attestée par témoins, a été portée à l'attention du docteur Shulman. Ce dernier, à cause de la détérioration rapide de l'état de Madame Malette, a quand même décidé d'administrer la transfusion lui-même. Trois heures plus tard, la fille de Madame Malette s'est présentée à l'hôpital et a protesté avec véhémence contre la transfusion de sang. Elle a par la même occasion confirmé l'appartenance religieuse de sa mère, ainsi que la position de cette dernière à l'encontre des transfusions sanguines. Le docteur Shulman a toutefois maintenu que ces transfusions avaient été absolument nécessaires, et a émis des doutes quant à la validité de la carte à titre de refus de traitement. En effet, il aurait pu arriver que Madame Malette abandonne ses convictions religieuses peu avant l'accident, ou qu'elle ait signé la carte sous la pression de sa famille ou de son entourage, ou encore qu'elle n'ait pas, au moment de la signature, bien connu les risques inhérents au refus des transfusions.<sup>9</sup> De plus, dans l'hypothèse où elle aurait été consciente, elle aurait pu, une fois renseignée sur son état, changer d'avis afin d'éviter de mourir.

On est parvenu à stabiliser l'état de la patiente afin d'effectuer son transfert par avion vers un hôpital de Toronto. Quelques mois plus tard, Madame Malette a quitté l'hôpital, parfaitement rétablie. C'est alors qu'elle a décidé d'intenter une poursuite en dommages-intérêts pour négligence, pour voies de fait («*assault and battery*»), et pour discrimination religieuse. La poursuite était dirigée contre le docteur Shulman, contre l'hôpital Kirkland and District ainsi

---

9. Cet argument est semblable à celui invoqué avec succès dans la décision *Werth v. Taylor*, (1991) 475 N.W. 2d. 426 (Michigan C. App) où le tribunal avait émis le principe suivant (à la p. 430) : «[...] [I]t is the patient's fully informed, contemporaneous decision which alone is sufficient to override evidence of medical necessity. [...] [The patient's] prior refusals had not been made when her life was hanging in the balance or when it appeared that death might be a possibility if a transfusion were not given». Cet arrêt est commenté par Daniel B. Griffith dans (1992) 8 *Issues in Law & Medicine*, 381. De même dans la cause anglaise de *In re T*, *op. cit., supra*, note 1, la Cour d'appel d'Angleterre avait décidé que le médecin pouvait évaluer la qualité du refus de soins, ainsi que l'état d'esprit de la personne au moment où elle avait signé ce refus.

que son directeur-général, et contre quatre infirmières de cet hôpital. En première instance, la patiente a été déboutée de son recours contre tous les défendeurs, sauf de celui contre le docteur Shulman. Ce dernier fut en effet condamné par le juge Donnelly à payer la somme de 20 000\$ pour «*battery*», puisque le but de la carte était d'exprimer les volontés de la personne si son état ne lui permettrait pas de le faire. Selon le juge, les doutes du docteur Shulman sur la validité de la carte n'étaient pas «*rationally founded*» sur les faits dont il avait eu connaissance. Il ne pouvait donc se permettre d'ignorer les directives énoncées dans la carte. En outre, dit le juge, le refus de traitement fondé sur des motifs religieux n'a pas besoin d'être un refus éclairé pour se qualifier comme refus, et les risques qui en découlent n'ont pas à être compris par le malade. Qui plus est, le refus de traitement pour motifs religieux n'a pas à être raisonnable.

Les deux parties ont fait appel de cette décision, le défendeur Shulman demandant que la cause soit rejetée, et Madame Malette réclamant non seulement que l'hôpital soit aussi condamné, mais encore que les frais de l'action soient adjugés contre les défendeurs.

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision de première instance et rejeté l'appel incident («*cross-appeal*»). Parlant au nom de la Cour, le juge Robins a alors avancé le principe généralement admis voulant que, maître de son propre corps, chaque personne ait le droit de refuser des soins. Ce droit demeure, même en cas d'urgence, lorsque la santé, voire la vie, dépendent des soins proposés. L'intérêt de l'État à préserver la vie et la santé d'une personne apte doit céder le pas à l'intérêt supérieur de l'individu, qui a le droit de maîtriser son destin. Dans le présent cas, de poursuivre la Cour, Madame Malette avait signalé, de la seule façon possible, son refus de recevoir des transfusions. À moins d'avoir des raisons de croire que les directives écrites de la patiente ne représentaient pas réellement sa volonté, le médecin se devait de les respecter, d'autant plus qu'elles étaient claires, précises et non équivoques, et que la carte était signée. Le seul fait de garder en sa possession une telle carte constituerait la confirmation d'une volonté réelle et présente de ne pas recevoir de sang. Mais le respect de l'autonomie de la personne a son prix, de dire le juge Robins :

«The onus is clearly on the patient. When members of the Jehovah's Witness faith choose to carry cards intended to notify doctors and other providers of health care that they reject blood transfusions in an

emergency, they must accept the consequences of their decision. Neither they nor their dependants can later be heard to say that the card did not reflect their true wishes. If harmful consequences ensue, the responsibility for those consequences is entirely theirs and not the doctor's.»<sup>10</sup>

Norman Siebrasse qualifie bien la problématique : «I prefer to characterize the issue not as about the right to refuse treatment, but about the possibility of communicating this refusal».<sup>11</sup> En effet, si le droit du majeur de refuser un traitement ne fait plus aucun doute, la validité de son refus dépend de la validité des moyens de communication qu'il emploie. C'est la question que soulève la carte des Témoins de Jéhovah.

Dans cette perspective, nous nous proposons d'examiner d'abord la situation du majeur qui porte cette carte, pour ensuite étudier le cas particulier du mineur dans la même situation. Enfin, nous nous pencherons sur la validité de certaines restrictions législatives concernant le droit du mineur de refuser des soins que sa santé pourrait requérir.

#### **A - Validité de la carte de refus de transfusion à la lumière du *Code civil***

Au Québec, depuis que la *Loi sur le curateur public*<sup>12</sup> a ajouté les articles 19.1 à 19.4 au *Code civil du Bas Canada*, articles qui ont été repris par le *Code civil du Québec*, d'aucuns pourraient prétendre que l'inaptitude du titulaire de la carte au moment précis où elle deviendrait utile soulève un doute sur la validité de cette même carte. En effet, selon l'article 15 C.c.Q.,<sup>13</sup> lorsque

- 
10. (1990) 72 O.R. (2d), à la p. 434. Voir également le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans la cause de *Fleming v. Reid*, (1991) 82 D.L.R. (4th) 298, surtout à la p. 310. Dans la cause de *Wijngaarden v. Tzialis* (1992) 11 O.R. (3d) 779, 60 O.A.C. 236, la Cour d'appel de l'Ontario, invoquant l'insuffisance de la preuve présentée dans le dossier d'appel, a refusé de suspendre l'ordre du juge de première instance autorisant les médecins à administrer du sang à une personne grièvement blessée, nonobstant la découverte d'une carte de refus qu'elle avait en sa possession.
  11. N. Siebrasse, «*Malette v Shulman* : The Requirements of Consent in Medical Emergencies», (1989) 34 *Revue de Droit de McGill* 1080, à la p. 1095.
  12. *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54.
  13. Art. 19.2 C.c.B.C.



l'inaptitude d'un majeur à consentir aux soins est constatée, le consentement sera donné par un représentant ou par un «proche».<sup>14</sup> Une personne inconsciente étant une personne inapte, le consentement (ou le refus) viendra donc d'une deuxième personne agissant dans l'intérêt de la première.

## **I - Le majeur et la portée de la carte**

Avant d'envisager les diverses hypothèses concernant la personne majeure et l'effet de la carte, il convient de cerner la notion d'inaptitude.

L'inaptitude est en quelque sorte une incapacité de fait<sup>15</sup> et, dans le cas qui nous occupe, il s'agit d'une inaptitude à consentir à des actes médicaux.<sup>16</sup> La juge LeBel, dans l'affaire *Institut Pinel c. Blais*,<sup>17</sup> parle de la capacité dans ces termes :

«La capacité de consentir à un traitement ou de le refuser ne s'apprécie pas en fonction de la situation de l'individu mais en fonction de son autonomie décisionnelle et de sa capacité de comprendre et d'apprécier ce qui est en jeu».

L'article 258 C.c.Q., en matière de régimes de protection, nous donne certaines indications sur ce qu'est l'inaptitude. Cet état peut résulter notamment «[...] d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère

---

14. C'est-à-dire par le conjoint, un proche parent ou par une personne qui démontre envers le majeur un intérêt particulier.

15. É. Deleury, D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1994, à la p. 98, n° 94. Selon le Juge Marx dans *Cité de la santé de Laval c. Lacombe*, [1992] R.J.Q. 58 (C.S.), à la p. 60, «Il n'y a pas de présomption à l'effet que la personne qui subit des traitements d'ordre psychiatrique est inapte à donner un consentement quant à ses soins médicaux. Chaque cas est un cas d'espèce.» Dans ce cas précis, la personne en cure fermée refusait les soins. La Cour d'appel, dans une décision unanime rendue sous la plume du juge Baudouin, (*M.-W. (J.) c. C.-W. (S.)*), [1996] R.J.Q. 229, à la p. 235), a mentionné également que «[...] le simple fait qu'une personne ait un régime de protection ne crée pas une présomption d'inaptitude à consentir à des soins médicaux.»

16. P. Applebaum, C. Lidz, A. Meisel, *Informed Consent*, New York, Oxford University Press, 1987, p. 84; J.-P. Ménard, «Les nouvelles règles relatives au consentement aux actes médicaux», (1991) Congrès du Barreau 667, à la p. 670.

17. [1991] R.J.Q. 1969, à la p. 1973 (C.S.).

[l]es facultés mentales ou [l']aptitude physique à exprimer sa volonté».<sup>18</sup> Dans certains cas, la détermination de l'inaptitude d'une personne est relativement facile et n'exige aucune expertise, comme par exemple lorsque l'individu est inconscient ou paralysé.<sup>19</sup> Dans d'autres circonstances, c'est-à-dire lorsque la personne souffre d'une maladie ou d'une déficience mentale, la détermination de l'inaptitude devient un exercice beaucoup plus délicat, et l'évaluation de l'état de l'individu par un expert est de rigueur.

Postérieurement à l'affaire *Institut Pinel c. Blais*, ci-dessus mentionnée, les tribunaux québécois ont eu tendance à importer les critères d'évaluation proposés par le *Hospitals Act* de la Nouvelle Écosse<sup>20</sup> et alors considérés par la juge LeBel. Selon ces critères, on doit déterminer si la personne faisant l'objet d'une évaluation :

- «a) understands the condition for which the treatment is proposed;
- b) understands the nature and purpose of the treatment;
- c) understands the risks involved in undergoing the treatment;
- d) understands the risks involved in not undergoing the treatment; and
- e) whether or not his ability to consent is affected by his condition.»<sup>21</sup>

---

18. Voir Hélène Brossard, «La loi sur le curateur public : une loi centrée sur la personne», (1991) Congrès du Barreau 617, aux p. 621 et ss. Voir aussi *Le Curateur public et R.P.L.*, [1993] R.J.Q. 1455, à la p. 1462.

19. J.-P. Ménard, *loc. cit.*, *supra*, note 16, p. 670.

20. (1989) R.S.N.S. c. 208, art. 52(2). Voir particulièrement à la p. 1974 de la cause *Institut Pinel c. Blais*. Un jugement ultérieur ordonnant l'administration des soins à ce même patient fut rendu le 1er février 1993 par le juge A. Denis : voir *Institut Pinel de Montréal c. Blais et Curateur Public du Québec*, 500-05-018547-925 C.S.M. Voir également *Hôpital Charles-Lemoyne c. Forcier*, [1992] R.D.F. 257, à la p. 260; *Hôpital St. Charles-Borromée c. G.*, [1994] R.D.F. 27, à la p. 30 (C.S.). La Cour d'appel a également retenu la pertinence de ces critères dans la décision de *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Gharavy*, [1994] R.J.Q. 2523 (C.A.), permission d'appeler à la Cour suprême refusée le 17 février 1995, [1995] 1 R.C.S. vii.

21. Ces critères ont été repris par l'Association des psychiatres du Canada : voir J. Arboleda-Florez, «Le consentement en psychiatrie : la position de l'Association des psychiatres du Canada», (1988) 36 *Revue canadienne de psychiatrie* 319, à la p. 321.

Mais comme l'avait affirmé la juge LeBel, il ne s'agit pas d'exiger que la personne comprenne effectivement les informations pertinentes, mais bien qu'elle soit capable de les comprendre.<sup>22</sup>

Puisque le majeur apte a le droit de refuser des soins,<sup>23</sup> une manifestation non équivoque de sa volonté doit être respectée, même si cet individu devient ultérieurement inapte en raison de circonstances comme une maladie ou un accident. Sinon, et dans la même logique, on serait obligé de conclure à l'inefficacité d'un consentement préalable à la chirurgie, consentement qui ne prend effet que lorsque la personne, ayant consenti au départ, est ensuite sous anesthésie générale. En effet, l'exigence du consentement du représentant ou d'un proche deviendrait nécessaire puisque, selon les termes de l'article 15 C.c.Q., au moment où le consentement de l'individu à l'acte chirurgical prendrait effet, ce dernier serait devenu inconscient, et par là-même inapte. Une telle exigence deviendrait donc systématique en matière de chirurgie, et le législateur n'a pas pu souhaiter un tel résultat.

Comment réconcilier l'exigence claire d'un consentement substitué en cas d'inaptitude (article 15 C.c.Q.) avec le principe que c'est la personne elle-même, si elle est habituellement apte, qui doit autoriser les atteintes à son inviolabilité (article 11 al. 1 C.c.Q.)? La seule façon d'harmoniser le texte des articles 15 et 11 al. 1 du Code, c'est de recourir au consentement des représentants ou des proches uniquement dans les cas où la personne elle-même,

---

22. *Op. cit., supra*, note 17 à la p. 1974. Tout en retenant le principe de la capacité de comprendre (la compétence cognitive), la juge LeBel ne semble pas vouloir retenir comme critère additionnel la compétence émotionnelle. Selon Somerville (M.A. Somerville, «Refusal of Medical Treatment in "Captive" Circumstances» (1985) 63 R. du B.C. 59, à la p. 65) : «In general, because the test for factual competence is based on *ability to understand* the consequences and risks of any given course of conduct relevant to a decision-making situation, the law looks only to cognitive functioning in assessing competence. Emotional disturbance, at least in theory, would only be relevant to an assessment of competence, if it were of such a nature or degree as to effect the person's cognitive reasoning or understanding.» Voir également M. Stauch, «Rationality and the Refusal of Medical Treatment : A Critique of the Recent Approach of the English Courts», (1995) 21 *Journal of Medical Ethics* 162, où il fait la nuance entre les notions de «*irrationality*» et «*non-rationality*».

23. *Op. cit., supra*, note 1 et *M.-W. (J.) c. C.-W. (S.)*, *op. cit., supra*, note 15, à la p. 235.

au moment où elle était apte, n'aurait émis aucune directive concernant son intégrité.

Parmi les hypothèses où, effectivement, la personne aurait donné des instructions quant à son inviolabilité, il y a d'abord le cas des directives précises adressées au mandataire désigné par le mandant en prévision de son éventuelle inaptitude.<sup>24</sup> Cette institution juridique comporte beaucoup de ressemblances avec le «*durable power of attorney*» qu'on retrouve dans plusieurs juridictions américaines. Dans semblables cas, le mandat pourrait être spécifique (par exemple celui de refuser toute transfusion sanguine, ou de vendre tel bien ...), et alors le mandataire n'aurait qu'à faire en sorte que la volonté du mandant soit respectée. Mais le mandant pourrait, plus généralement, désigner une personne ayant le pouvoir de prendre des décisions dans son meilleur intérêt.<sup>25</sup>

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que le mandat donné en cas d'inaptitude peut viser deux choses : d'une part, l'administration du patrimoine de l'incapable et, d'autre part, la prise en charge de sa personne. Nous reconnaissons volontiers la nécessité de formaliser le processus<sup>26</sup> et d'exiger soit un mandat, soit l'instauration d'une tutelle ou d'une curatelle en ce qui concerne la gestion du patrimoine de l'incapable; mais, à l'égard de sa personne, le mandat en cas d'inaptitude existe justement afin de permettre que sa volonté quant à son intégrité soit respectée le cas échéant.<sup>27</sup> C'est donc une façon de garantir que la volonté de la personne devenue incapable sera suivie. Le mandat en cas d'inaptitude n'est d'ailleurs pas le seul moyen qui permette d'atteindre ce but, contrairement à ce qu'une interprétation rigide du *Code civil* pourrait laisser entendre. Le fait que le législateur ait choisi de désigner des personnes pouvant consentir à la

---

24. Article 2166 C.c.Q.

25. Article 12 C.c.Q. Voir par exemple un modèle de mandat proposé par le Curateur public du Québec, dont une clause stipule que «Si je ne suis pas en mesure de consentir aux soins requis par mon état de santé ou de les refuser, mon mandataire doit le faire à ma place. À cet égard, il doit agir dans mon seul intérêt et tenir compte, dans la mesure du possible comme le prévoit la loi, des volontés que j'ai pu exprimer[...]», reproduit dans É. Deleury, D. Goubau, *op. cit.*, *supra*, note 15, à la p. 530.

26. C. Fabien, «Le nouveau droit du mandat» dans *La réforme du Code civil*, t. 2, *Obligations, contrats nommés*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, 881, à la p. 935, n° 70.

27. Comme le souligne C. Fabien, *ibid.*, à la p. 939, n° 77, «Les volontés du mandant à cet égard seront davantage susceptibles d'être respectées si elles sont expresses.»

place de la personne inapte, ou de permettre à cette dernière de désigner un mandataire qui prendrait les décisions pertinentes dans l'éventualité de son inaptitude, n'exclut pas pour autant les autres façons qu'aurait l'éventuel inapte de faire respecter sa volonté. Comme Monique Ouellette l'a déjà affirmé, «[l]a priorité, en somme, est accordée à la volonté de la personne, peu importe les véhicules utilisés pour la manifester. L'obligation, pour le tiers, est d'en tenir compte.»<sup>28</sup>

Le mandat en cas d'inaptitude, comme le consentement des proches, ne sont que des moyens qui s'ajoutent au «permis d'opérer»,<sup>29</sup> au testament biologique, et au consentement ou au refus de soins. Écarter la volonté d'une personne devenue inapte, mais qui se serait clairement exprimée lorsqu'elle était

- 
28. M. Ouellette, «Livre premier : Des personnes» dans *La Réforme du Code civil*, Ste-Foy, P.U.L., 1993, t. 1, *Personnes, successions, biens*, 15, à la p. 25, n° 35. Voir également G. Mullins, L. Genest, M. Arcand, «Le “testament biologique” accompagné ou non d'un mandat», (1991) (avril) *Le Médecin du Québec* 67, à la p. 73, «Rien, dans notre droit, n'empêche l'expression de notre consentement, non plus que celle de notre refus d'être soigné ou traité. On peut donc rédiger ce [testament biologique] comme étant l'expression future de notre volonté et le professionnel peut l'accepter comme tel en prenant le contexte en considération. [...] La valeur probante du contenu d'un “testament biologique” a, ni plus ni moins, la valeur qu'aurait toute autre forme de consentement, dans les circonstances semblables». Si cela est vrai pour le testament biologique, il en serait de même en ce qui concerne les directives émises à l'avance (ou «*advance directives*» en anglais). En effet, selon les *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993, à la p. 14, «Outre [que les volontés des personnes inaptes] peuvent être exprimées dans un mandat, ces volontés peuvent aussi l'avoir été dans un *testament de vie* qui vise fondamentalement le même objectif que le mandat : assurer que les volontés d'une personne soient respectées après qu'elle est devenue inapte à consentir.» Enfin voir *passim*, É. Deleury, D. Goubau, *op. cit.*, *supra*, note 15, à la p. 106, n° 99.
29. A. Mayrand, *op. cit.*, *supra*, note 3, à la p. 45, n° 35, se sert de cette expression pittoresque qui est maintenant désuète.

apte,<sup>30</sup> serait faire preuve d'une rigueur contraire à l'esprit d'une codification de droit civil.<sup>31</sup>

Ainsi, quand un membre des Témoins de Jéhovah a signé sa carte en toute lucidité, et est demeuré apte jusqu'à l'événement faisant appel à l'application de la carte, cette directive écrite, qui aurait pu depuis être révoquée en tout temps mais ne l'a pas été, représente sans aucun doute la volonté ferme de l'individu de décliner les transfusions sanguines.

L'argument voulant que le seul fait de porter la carte ne donne pas la certitude d'un refus éclairé de la part de l'individu, puisqu'il n'est pas à ce moment conscient des circonstances dans lesquelles son refus s'appliquera, ou encore l'argument voulant que, par mégarde, il puisse encore porter une carte dont la teneur ne respecte plus sa volonté, ne devraient pas servir de prétexte pour que le personnel médical occulte la présence de cette carte. Autrement, aucune des directives données à l'avance n'aurait de valeur. À moins donc de motifs raisonnables<sup>32</sup> permettant de douter du fait que la carte représente

---

30. D'ailleurs, l'article 276 C.c.Q. permet au tribunal saisi d'une demande d'ouverture d'un régime de protection de tenir compte du mandat de la personne donné en prévision de son inaptitude, même lorsque ce mandat n'a pas été homologué. Il est intéressant de noter qu'en *Common Law*, le juge Robins affirme dans *Fleming c. Reid et Gallagher*, (1991) 82 D.L.R. (4th) 298 (C.A. Ont.), à la p. 316 : «[qu']on ne saurait non plus, à mon avis, pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *Malette c. Shulman*, recourir à la compétence "parens patriae" pour autoriser le traitement médical d'une personne incapable qui, pendant qu'elle était capable, avait donné des directives dans lesquelles elle refusait de consentir au traitement envisagé.» En droit anglais, le principe de la validité du refus exprimé lorsque la personne était apte fut reconnu dans *Airedale NHS Trust c. Bland*, [1993] 1 All E.R. 821 (H.L.), par le Lord Keith à la p. 860, et par Lord Goff à la p. 866.

31. C. Lemieux, «Éléments d'interprétation en droit civil», (1994) 24 R.D.U.S. 221, à la p. 236.

32. Par exemple la personne qui a renié publiquement sa religion. Sur la valeur des directives données à l'avance, voir l'opinion du juge G. Rouleau dans *Manoir de la Pointe Bleue (1978) inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 à la p. 724 : «[...] [N]ous avons contrôlé avec sollicitude les circonstances de l'affaire en cause et nous jugeons que c'est en toute connaissance de cause que l'intimé refuse de s'alimenter et que sa décision doit être respectée au moment où il est apte, comme, semble-t-il, elle le sera au moment où il sera devenu inapte puisque avant cette inaptitude il a déjà fait connaître avec éclat ses préférences et sa volonté bien arrêtée.» De plus, le juge Rouleau semble approuver le point de vue suivant exprimé par la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail n° 28 intitulé *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement*, Ottawa, 1982, cité à la p. 725 de son jugement : «Dans une telle hypothèse [i.e. le cas de l'adulte qui est

effectivement la véritable position de l'individu, ses directives devraient être respectées sans réserve.

Deux hypothèses viennent toutefois compliquer la situation. Premièrement, la personne pourrait avoir signé la carte au moment où elle était apte, mais être par la suite devenue inapte, bien avant le moment où les directives données sur cette carte auraient normalement dû s'appliquer. Par exemple, il s'agirait du cas d'une personne apte qui signe la carte refusant les transfusions; quelque temps après, elle devient mentalement inapte en raison de la maladie d'Alzheimer ou du développement d'une psychose; par la suite, elle est victime d'un accident nécessitant des transfusions. Deuxièmement, il pourrait arriver qu'un individu n'ayant jamais été considéré comme apte et ne devant jamais le devenir, en raison d'une déficience ou d'une faiblesse de son esprit, signe malgré tout une carte de refus de transfusions. Dans ces deux hypothèses, devrait-on respecter la volonté exprimée par la carte, ou devrait-on faire appel aux personnes autorisées par la loi à prendre une décision pour le patient?

Le premier cas est le plus problématique : si on devait invariablement donner préséance à la carte après l'instauration de l'état d'inaptitude, son porteur se trouverait en quelque sorte à perdre la faculté de changer d'idée. De son inaptitude ultérieure découlerait alors l'imputation d'une volonté ferme et figée dans le temps, qui ne serait jamais susceptible de modification.<sup>33</sup> La solution, dans ce cas, réside dans l'analyse des circonstances de chaque espèce. Si la personne, avant de devenir inapte, s'est toujours montrée ferme dans ses convictions religieuses et a maintenu sa volonté de refuser des transfusions durant nombre d'années, il serait normal de respecter ce refus, car sa soudaine inaptitude ne saurait raisonnablement faire présumer de son changement d'avis. De deux choses l'une : soit qu'on décide de ne pas s'en remettre uniquement à la carte et qu'on s'adresse à une personne autorisée par la loi ou par mandat, ou qu'on juge raisonnable de respecter les directives énoncées sur la carte. Mais dans un cas comme dans l'autre, le résultat sera le même : si les proches sont appelés à prendre une décision en vertu de l'article 15 C.c.Q., ils seront tenus de

---

devenu inconscient ou incapable mais qui antérieurement a exprimé sa volonté sur le sujet], il nous paraît que cette volonté doit être respectée et que le médecin est tenu alors dans la même position que si son patient était conscient et capable.»

33. C'est en effet ce qui se produit en matière testamentaire.

suivre le principe de l'article 12 et de respecter, «dans la mesure du possible», la volonté que la personne inapte a pu manifester. Et si on s'en remet uniquement à la carte, nous sommes simplement en présence d'un refus de soins. Nous préférons cependant cette dernière solution, car la reconnaissance de la valeur de la carte comme directive respecte davantage l'autonomie de la personne.

Notre deuxième hypothèse est celle du refus de traitement, au moyen de la carte, par une personne qui n'était pas apte au moment même de sa confection. Tout en reconnaissant volontiers à la personne inapte le droit d'adhérer à une religion et d'en suivre les préceptes, nous constatons malgré tout que la décision de refuser des soins doit venir d'une personne apte, qu'il s'agisse du patient lui-même ou d'une personne autorisée à décider à sa place. Dans l'hypothèse de l'incapacité permanente de l'individu, la loi exige que les personnes désignées à l'article 15 C.c.Q. prennent une décision à sa place. Mais encore ici, cette décision devra respecter les éléments de l'article 12, et devra tenir compte des volontés que la personne aura pu manifester. Si la personne autorisée, au lieu de refuser les soins conformément à la volonté de la personne inapte, choisissait d'y consentir, et que la personne inapte persistait à les refuser catégoriquement, alors l'autorisation du tribunal deviendrait nécessaire.<sup>34</sup> Dans ce cas, selon l'alinéa 2 de l'article 23 C.c.Q., le tribunal ne serait pas tenu de respecter le refus de la personne inapte, parce que les soins seraient requis par l'état de santé de cette dernière. En effet, le Code est silencieux sur la valeur des croyances religieuses ou philosophiques des personnes incapables, et semble ne tenir compte que de deux critères objectifs, à savoir la valeur thérapeutique des soins proposés et la validité de l'expression de la volonté.

## **II - Le mineur et la portée de la carte**

La situation juridique devient encore plus complexe dans le cas d'une personne mineure. Non seulement la question de la validité de la carte soulevée ci-dessus demeure-t-elle pertinente, mais la question de l'âge et celle de l'aptitude du mineur s'y superposent. Autant il est juste de faire reposer la validité du consentement aux soins sur l'aptitude de la personne, autant il est

---

34. Article 16 al. 1 C.c.Q.



purement arbitraire de déterminer, comme l'a fait le législateur à l'alinéa 2 de l'article 14 C.c.Q., que l'enfant âgé de quatorze ans et plus est suffisamment évolué pour consentir seul aux soins, tandis que celui de treize ans ne le serait pas.

Avant d'analyser la capacité du mineur à consentir ou à refuser des soins, rappelons immédiatement que, dans l'exercice des droits de la personnalité, le mineur simplement émancipé<sup>35</sup> ou jouissant d'une pleine émancipation<sup>36</sup> ne relève plus de l'autorité parentale,<sup>37</sup> et est conséquemment aussi apte à exprimer un refus que pourrait l'être son homologue majeur.

---

35. Articles 167, 170 C.c.Q. En principe, l'émancipation ne vise que les mineurs de plus de seize ans.

36. Articles 175, 176 C.c.Q.

37. Article 598 C.c.Q.

#### a) Dans les cas où l'enfant est âgé de quatorze ans et plus

Examinons d'abord le cas de l'enfant âgé de quatorze ans et plus, qui a la capacité de fait de prendre une décision selon l'article 14 al. 2 C.c.Q. Il importe de souligner qu'en dépit de l'utilisation parfois abusive de la fameuse phrase du professeur Crépeau disant que «quatorze ans est l'âge de majorité en matière médicale»,<sup>38</sup> l'étude des dispositions du nouveau *Code civil* nous démontre que, même en matière thérapeutique, elle mérite d'être nuancée.<sup>39</sup> En effet, l'alinéa 2 de l'article 16 C.c.Q. exige l'autorisation du tribunal dans le cas où un mineur de quatorze ans et plus refuse des soins, à moins qu'il n'y ait urgence et que sa vie ne soit en danger ou que son intégrité ne soit menacée, auxquels cas le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou celle du tuteur suffit. Dans les cas autres que l'urgence, c'est au paragraphe 2 de l'article 23 C.c.Q. qu'on doit s'en remettre, paragraphe voulant que le tribunal recueille l'avis du mineur et respecte son refus «à moins qu'il ne s'agisse de soins requis par son état de santé».

Bien que la législation antérieure ait été silencieuse sur ce point, la solution du nouveau Code est conforme à une certaine jurisprudence. Dans l'affaire *In re G*,<sup>40</sup> à la requête de la mère, le juge Arsenault avait autorisé le médecin traitant et le Centre Hospitalier de Valleyfield à prodiguer des soins à un enfant âgé de seize ans qui souffrait de la maladie de Crohn, et qui refusait les soins requis par son état.<sup>41</sup>

---

38. P.-A. Crépeau, «Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit civil canadien» (1974) 52 R. du B.C. 247, à la p. 254. Voir à ce sujet A. Bernardot, R. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1980, p. 105, note 153(2). Selon P. Lesage-Jarjour, J. Lessard, S. Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1995, à la p. 152 : «Sont également des incapables légaux les mineurs de moins de 14 ans, car ceux de 14 ans et plus bénéficient d'une capacité spéciale en matière médicale.»

39. É. Deleury, D. Goubau, *op. cit.*, *supra*, note 15, à la p. 108, n° 101.

40. 1er juin 1989, Dist. de Beauharnois, C.S. 760-05-000261-899, G. Arsenault.

41. La requête fut présentée en vertu des articles 42 et 43 de la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. c. P - 35, l'article 30 du *Code civil du Bas Canada* et l'article 20 du *Code de procédure civile*.

Dans un autre arrêt, *Protection de la jeunesse* - 599,<sup>42</sup> le juge Claude Tremblay avait ordonné que tous les soins requis par l'état d'une adolescente âgée de 17 ans, qui souffrait d'une dépression psychotique, lui soient administrés. En procédant ainsi, le tribunal s'était prévalu des pouvoirs conférés par les articles 54, 76.1 et 91 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*,<sup>43</sup> et avait fait état de commentaires sur les origines de l'article 42 de la *Loi sur la protection de la santé publique*<sup>44</sup> dans lesquels l'un de nous avait conclu que cette disposition visait à permettre à l'enfant de consentir aux soins requis, et non à lui permettre de les refuser, la capacité accordée au mineur se trouvant alors mitigée.<sup>45</sup> Après avoir rappelé qu'on doit se soucier de l'article 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*,<sup>46</sup> et des articles 19 et 19.1 du *Code civil du Bas Canada*,<sup>47</sup> puisque l'adolescente en cause n'était pas en mesure de faire connaître sa volonté et qu'elle était inapte à consentir de manière libre et éclairée à des soins ou à les refuser, le juge avait conclu que le consentement du père suffisait en l'espèce.<sup>48</sup>

Tant la lecture des dispositions du Code que l'historique législatif de l'article 42 de la *Loi sur la protection de la santé publique* démontrent les timides origines du droit de l'enfant de quatorze ans et plus de consentir seul aux soins. En effet, après avoir retiré le premier projet de loi, qui cherchait à regrouper et à réformer les diverses dispositions régissant la santé publique, y compris l'épineuse question de la capacité et celle du consentement aux soins,<sup>49</sup>

---

42. [1993] R.J.Q. 611 (C.Q.). Dans ce cas, l'adolescente refusant les soins était inapte et son père avait consenti aux traitements proposés. Le refus catégorique de l'adolescente rendait le recours au tribunal nécessaire.

43. L.R.Q. c. P - 34.1.

44. L.R.Q. c. P - 35. Cet article est maintenant abrogé.

45. Robert P. Kouri, «Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Human Body», (1974) 5 R.D.U.S. 156, p. 168; voir aussi A. Lajoie, P. Molinari, J.-M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, P.U.M., 1981, à la p. 310, n° 503; A. Mayrand, *L'inviolabilité de la personne humaine*, op. cit., supra, note 3, pp. 66-67, no 53.

46. L.R.Q. c. C - 12.

47. Ces deux articles du *Code civil du Bas Canada* ont été repris en substance par les articles 10 et 11 du *Code civil du Québec*.

48. Op. cit., supra, note 42, p. 615.

49. 3e sess., 29ième législature, Projet de loi 30, *Loi de la protection de la santé publique*, déposé le 5 juillet 1972. L'art. 35 du projet se lisait ainsi : Un établissement ou un médecin peut fournir des soins et traitements à une personne mineure qui est enceinte, qui souffre

le ministre des Affaires Sociales de l'époque, M. Claude Castonguay, avait déposé un second projet<sup>50</sup> dont l'article 34 se lisait comme ceci :

«Un établissement ou un médecin peut fournir à un mineur tous soins et traitements requis par son état de santé sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement des parents de ce mineur, de son tuteur ou curateur ou de la personne qui en a la garde.»

Le but de ces dispositions était de «[...] rassurer les administrateurs qui craignent, dans les faits, que la situation ne soit pas suffisamment claire».<sup>51</sup> Face aux objections d'un certain nombre de députés redoutant l'affaiblissement de l'autorité des parents sur leurs enfants,<sup>52</sup> on a adopté le texte suivant, faisant partie de l'article 36 de la *Loi de la protection de la santé publique*<sup>53</sup> :

«Un établissement ou un médecin peut fournir les soins à un mineur âgé de quatorze ans ou plus, avec le consentement de celui-ci, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité paternelle; l'établissement ou le médecin doit toutefois avertir le titulaire de l'autorité paternelle en cas d'hébergement de plus de douze heures ou de traitements prolongés.»

Comme l'avait très candidement avoué le ministre responsable de la présentation du projet de loi, l'adoption de l'âge de quatorze ans comme ligne de démarcation résultait d'un compromis d'ordre politique.<sup>54</sup>

---

d'une maladie visée à l'article 8 [maladies à traitement obligatoire qui seront désignées telles par règlement] ou dont l'état requiert des soins par suite d'une consommation d'alcool ou d'autre drogue sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement de ses parents, de son tuteur ou curateur ou de la personne qui en a la garde.»

50. 3e sess., 29ième législature, Projet de loi 30 réimprimé, déposé le 8 nov. 1972.

51. *Journal des débats*, vol. 12 no 74, mardi le 21 nov. 1972, p. 2640.

52. Voir par exemple, l'intervention du député A. Audet, *Journal des débats*, *id.*, p. 2659.

53. L.Q. 1972, c. 42, sanctionnée le 21 déc. 1972. Pour une description plus circonstanciée de l'adoption de cette loi, voir P.-A. Crépeau, *loc. cit.*, *supra*, note 38, à la p. 251-254.

54. Quelques extraits des interventions du ministre Castonguay devant la Commission permanente des Affaires sociales, le jeudi 14 décembre 1972, illustrent assez justement l'état d'esprit dans lequel on a accordé la capacité mitigée aux mineurs âgés de quatorze ans et plus : «J'ai exposé les motifs pour lesquels nous avons suggéré ces amendements, suite aux interventions des députés au moment de la deuxième lecture du projet de loi. Je voudrais simplement dire qu'ici, si on jugeait que les limites que nous avons établies, soit qu'à

En 1982, fut déposé le Projet de loi 106, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes*.<sup>55</sup> L'art. 16 avait reformulé certaines dispositions de la *Loi sur la protection de la santé publique*<sup>56</sup> sans y apporter de changements importants, du moins en ce qui concernait l'âge du mineur et sa capacité de consentir aux soins. Une modification de taille cependant résidait dans l'ajout d'une disposition, celle de l'article 15<sup>57</sup> voulant que l'autorisation du tribunal soit requise si le mineur *doué de discernement* s'opposait aux soins. Ultérieurement, le projet de loi 106 fut retiré et réintroduit comme partie du *Projet de loi 20*, dans le cadre de la réforme du *Code civil*.<sup>58</sup> Ce faisant, on a modifié le texte de l'article 15 du *Projet de loi 106* pour lui faire dire que «[l']autorisation du tribunal est requise pour soumettre un mineur âgé de quatorze ans à des soins exigés par son état de santé s'il les refuse». <sup>59</sup> Cette loi n'a jamais été mise en vigueur, mais lorsqu'on compare le texte actuel de l'article 14 du *Code civil du Québec* et celui de l'article 13 du *Projet de loi 20*,<sup>60</sup> on

---

compter de l'âge de 15, 16, ou 17 ans, seul le consentement du mineur est nécessaire, mais qu'en dessous de cette limite d'âge, soit 15 ans, il soit dorénavant nécessaire d'obtenir le consentement des parents à moins que ce soit un cas d'urgence... On a mis 14 ans. Ici, cette frontière, à savoir si ce doit être 14 ans ou 15 ans, je suis tout à fait prêt à en discuter. Je pense bien que certains députés au cours de conversations m'ont fait ressortir le fait que, dans les milieux urbains, l'âge de 14 ans est plus approprié. Dans les milieux ruraux on craint que, si on baisse un peu trop l'âge, cela peut diminuer l'autorité parentale. D'un autre côté, quant à moi, il me semble que, dans les milieux ruraux, pour l'enfant qui accepte encore bien l'autorité parentale, ce n'est pas le fait que nous adoptions cette loi qui va faire en sorte que subitement, ces enfants vont se sentir déçagés vis-à-vis de leurs parents. Je veux souligner ce point. *Ce n'est pas pour moi une question de principe, c'est une question d'essayer d'en arriver à l'équilibre le plus approprié possible, de telle sorte que les jeunes qui ont besoin de soins lorsqu'ils sont aux prises avec des problèmes de drogue, par exemple, ou les jeunes filles qui pourraient être enceintes et qui demanderaient quoi faire, au lieu de se diriger un peu n'importe où, le fassent dans des endroits où ils pourront être traités et conseillés de façon adéquate*» (à la p. B-7925). (Les italiques sont de nous).

55. Projet de loi 106, 31<sup>ème</sup> sess., 32<sup>ème</sup> législature du Québec, 1982.

56. L.R.Q. c. P-35 art. 42. Cet article est maintenant abrogé.

57. L'article 15 du Projet de loi 106, *op. cit.*, *supra*, note 55.

58. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes des successions et des biens*, *op. cit.*, *supra*, note 4.

59. Article 15 du *Projet de Loi 20*.

60. L'article 13 du *Projet de loi 20* se lit comme suit : «Le consentement aux soins exigés par l'état de santé du mineur est donné par le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur. Le mineur de quatorze ans peut, néanmoins, consentir seul à ces soins. Si son état requiert qu'il soit gardé dans un établissement de santé ou de services sociaux pendant plus de douze heures, le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur doit en être avisé».

constate que les variations qu'ils contiennent sont surtout cosmétiques. Quant à la comparaison des articles 15 du *Projet de loi 20* et 16 al. 2 du *Code civil du Québec*, elle montre que le principe a été retenu, sauf qu'en cas d'urgence et si la vie est en danger ou l'intégrité menacée, le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur suffit.

Nous constatons ainsi que l'article 14 C.c.Q. n'est que le produit d'un historique législatif dont le but n'était pas de révolutionner le droit, mais bien de rassurer les gestionnaires du réseau de la santé et des services sociaux qui doutaient de la valeur du consentement du mineur aux soins,<sup>61</sup> et d'apaiser ceux qui craignaient de voir ébranlées les assises de la famille québécoise par la trop grande autonomie des mineurs. Il est probable que l'article 16 al. 2 C.c.Q. participe du même effort : celui de vouloir laisser aux parents certains pouvoirs dans le consentement aux soins. D'ailleurs, loin d'être originale, cette solution rejoint une position qu'avait déjà prise l'Office de révision du Code civil du Québec.<sup>62</sup> Comment ne pas être sensible à l'intervention d'un membre de l'Assemblée Nationale qui, fort de sa formation en psychiatrie, avait manifesté de nettes réticences à imputer une certaine capacité en matière médicale aux mineurs, disant qu'il fallait tenir compte des facteurs «spécifiques à la condition infantile».<sup>63</sup>

---

61. R. Kouri, «Blood Transfusions, Jehovah's Witnesses and the Rule of Inviolability of the Human Body», *loc. cit.*, *supra*, note 45, à la p. 163; A. Mayrand, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 53, n° 43; A. Lajoie, P. Molinari, J.-M. Auby, *op. cit.*, *supra*, note 45, p. 341, n° 555.

62. Selon A. Mayrand, *ibid.*, p. 67, n° 53, le projet se lisait comme suit : «Les soins médicaux ou chirurgicaux peuvent être donnés au mineur de moins de seize ans, nonobstant son refus, avec le consentement du titulaire de l'autorité parentale».

63. Voir l'intervention de C. Laurin, *Débats de l'Assemblée Nationale*, 21 nov. 1972, surtout à la p. 2654, lorsqu'il dit : «Il en découle que, plus l'enfant grandit, plus il devient difficile de conserver ce principe [...] qui veut que le parent ou le tuteur représente l'enfant ou le remplace. Il reste quand même qu'il faut déterminer un âge pour la majorité légale et qu'il faut également déterminer un principe pour la responsabilité du traitement. Mais j'en ai dit assez pour qu'on puisse se rendre compte que c'est là un problème éminemment difficile à trancher. Lorsque le législateur se trouve dans une situation à ce point délicate et difficile, dans ces zones à ce point grises que parfois elles en deviennent noires, la prudence s'impose et il ne faut pas s'avancer dans ce domaine avec une loi générale, qui est toujours dangereuse. Il est préférable de s'en tenir aux cas d'espèce où on peut procéder à des interprétations multiples que l'on peut comparer. Elles servent ensuite de base à une décision qui tient compte aussi bien des principes que des situations existentielles de chacun.»

Nous voyons avec ce survol de l'historique législatif des dispositions à l'étude que le législateur avait avec précision fixé un âge déterminé pour que l'enfant apte soit jugé capable de consentir seul aux soins, tout en maintenant un certain contrôle sur l'exercice de cette capacité. Autrement dit, le mineur peut consentir aux soins exigés par son état de santé, mais un refus de soins de sa part serait d'une validité contestable.<sup>64</sup> Les parents, en cas d'urgence, ou le tribunal, dans les autres cas, auraient alors le pouvoir de corriger ce qui pourrait être considéré comme étant une erreur de l'enfant mineur.

Les situations d'urgence restreignent la capacité du mineur de quatorze ans, car le simple consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur suffit pour vaincre son refus en cas d'urgence. L'attribution de ce pouvoir considérable révèle un parti-pris du législateur en faveur d'un acquiescement aux soins. En effet, l'article 16 al. 2 C.c.Q. nous parle du consentement, mais non du refus du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur. Quant à l'article 12, qui impose à la personne consentant pour une autre d'agir dans le meilleur intérêt de cette dernière et de tenir compte, «dans la mesure du possible, des volontés [qu'elle] a pu manifester», il ne contredit pas cette impression : de toute façon, l'article 23 al. 2 C.c.Q. suggère que le tribunal appelé à intervenir devrait normalement autoriser les soins requis par l'état de santé de la personne.

---

64. *Protection de la jeunesse* - 599, *op. cit.*, *supra*, note 42, aux pp. 614-615. Par contre, le juge Baudouin a affirmé en *obiter* dans *M.-W. (J.) c. C.-W. (S.)*, *op. cit.*, *supra*, note 15, à la p. 235 : «Toutefois, l'exercice de ce droit de refus présuppose l'aptitude mentale d'en décider, c'est-à-dire, d'une part, la conscience de la nécessité de l'administration des soins et, d'autre part, la réalisation des conséquences du refus. Ainsi, le témoin de Jéhovah conscient que son état nécessite une transfusion sanguine et sachant que son absence entraînera sa mort peut la refuser pour des motifs religieux. Par contre, un mineur de moins de 14 ans ou la personne inapte appartenant à la même religion et qui n'ont donc pas cette conscience peuvent être traités». Ainsi, il semble suggérer que le mineur de quatorze ans et plus est doué d'une pleine capacité en matière de consentement aux soins.

Ainsi, le tribunal pourrait agir à l'encontre du refus de soins provenant d'un mineur de quatorze ans. Et dans un cas d'urgence, le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur peuvent aussi aller à l'encontre du refus d'un mineur.<sup>65</sup> Par contre, dans le cas où le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur appuient le refus du mineur à l'encontre de soins requis par son état de santé, le tribunal pourra quand-même les autoriser en vertu de l'article 23 al. 2 C.c.Q.

La situation la plus difficile pour le personnel médical est celle du mineur de quatorze ans qui, se trouvant dans un état critique, refuse des soins au moyen de la carte et est appuyé par ses parents dans son refus. L'urgence pouvant empêcher le recours au tribunal, comment devra réagir le médecin? L'économie du *Code civil* exige alors que les soins soient bel et bien administrés en raison de la capacité atténuée du mineur de quatorze ans en matière de consentement aux soins.<sup>66</sup> La directive adressée par le législateur aux tribunaux par l'article 23 al. 2 C.c.Q. semble en effet péremptoire. Si c'est possible, le tribunal devra recueillir l'avis de la personne concernée, mais quand les soins sont requis par son état de santé, le refus du mineur n'aura pas à être respecté. Et quand l'urgence de la situation écartera le recours au tribunal, c'est à plus forte raison que les soins pourront être donnés sans le consentement des personnes concernées.<sup>67</sup>

---

65. Selon les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, op. cit., supra, note 28, à la p. 18, «De façon générale, cet article a pour but de respecter davantage l'expression de volonté de mineurs [...] et de protéger leur intégrité contre un refus injustifié provenant soit de leur représentant soit d'eux mêmes.» Comme le ministre le dit dans ses *Commentaires*, ibid., à la p. 12, «[...] [L']atteinte à l'intégrité peut être le fait de la personne elle-même en raison de ses propres déficiences; les exceptions légales à l'inviolabilité se justifient d'ailleurs par le droit à l'intégrité.»

66. M. Ouellette, loc. cit., supra, note 28, à la p. 30, n° 45, où elle affirme, «Le mineur, même âgé de 14 ans et plus, ne jouit pas pleinement de l'exercice du droit à l'autodétermination.» B. Knoppers et S. Le Bris ne sont pas de cet avis. Selon elles, «Si les parents respectent la décision du mineur et refusent également les soins, le médecin doit respecter ce double refus» («Inviolabilité de la personne et responsabilité hospitalière à la lumière du nouveau Code civil du Québec : Quand le prisme législatif sclérose la pratique médicale?» dans *La responsabilité hospitalière, maximiser la protection, minimiser l'exposition*, Toronto, L'Institut Canadien, 1994, 1, à la p. 33).

67. Contra J.-P. Ménard, qui affirme que dans ce cas, il n'y a rien à faire car «[...] la formulation de l'alinéa 2 de l'article 19.4 C.c.B.C. [l'art. 16 al. 2 C.c.Q.] tel que proposé par le Projet de loi 120 [*Loi sur les services de santé et les services sociaux et modifiant d'autres dispositions législatives*, 1e session, 34e législature] ne semble pas permettre que l'on passe



**b) Dans le cas où l'enfant est âgé de moins de quatorze ans**

Les dispositions du *Code civil* sont assez limpides en ce qui a trait au consentement à des soins requis par l'état de santé d'un mineur de moins de quatorze ans : le consentement doit venir du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur de l'enfant.<sup>68</sup> Le refus injustifié de la part de ces derniers rendra nécessaire l'autorisation du tribunal (article 16 C.c.Q.). Plusieurs remarques s'imposent toutefois quant à l'application de cette disposition. D'abord, le consentement ou le refus du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur doit se faire en fonction des critères de l'article 12 C.c.Q., c'est-à-dire qu'ils devront agir dans le seul intérêt du mineur, et ils devront de plus tenir compte, dans la mesure du possible, des volontés que l'enfant aura pu manifester. En outre l'article 12 C.c.Q. prévoit que le représentant du mineur, en consentant aux soins le cas échéant,

«...doit s'assurer que les soins sont bénéfiques malgré la gravité et la permanence de certains de leurs effets, qu'ils sont opportuns dans les circonstances et que les risques présentés ne sont pas hors de proportion avec le bienfait qu'on en espère.»

Ces critères se greffent à ceux, plus généraux, de l'article 33 C.c.Q. concernant le respect des droits des enfants<sup>69</sup> : parmi les facteurs à considérer dans la prise de décision,<sup>70</sup> on retrouve les besoins moraux, intellectuels,

---

outre au refus des parents ou du tuteur de consentir»(*loc. cit.*, *supra*, note 16, à la p. 684). Notez que l'auteur suggère la possibilité de recourir à l'article 38c de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q. c. P-34.1. Voir également *Protection de la jeunesse* - 738, [1995] R.D.F. 372 (C.Q.) (Le juge C. Boulanger).

68. Article 14 al. 1 C.c.Q.

69. J.-P. Ménard, *loc. cit.*, *supra*, note 16, à la p. 684.

70. Voir généralement C. Boisclair, *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde : réalité ou apparence?*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1978, aux pp. 14 et 97. Selon M. Ouellette, *loc. cit.*, *supra*, note 28, à la p. 44, n° 87, l'énumération du Code civil n'est pas exhaustive. Sur la validité constitutionnelle de l'article 30 C.c.B.C. (maintenant l'article 33 C.c.Q.), voir *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, à la p. 179 (la juge L'Heureux-Dubé).

affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation.<sup>71</sup>

Les décisions à l'égard des mineurs inaptes pourraient être prises sans vraiment tenir compte des volontés qu'ils auraient pu exprimer. Les décisions à l'égard des mineurs aptes, mais qui n'auraient pas atteint l'âge fatidique de quatorze ans, devraient prendre en considération leur volonté, mais en dernier ressort la protection de la vie l'emporterait, sauf dans l'hypothèse de soins d'une utilité douteuse ou d'un acharnement thérapeutique.

C'est donc dire que, suivant le Code civil, la carte de refus de soins signée par un enfant apte, mais âgé de treize ans ou moins, n'aurait en principe aucun effet : les soins pourraient lui être prodigués avec le consentement des parents ou du tuteur ou, à défaut, avec l'autorisation du tribunal. En cas d'urgence, les circonstances ne permettant évidemment pas aux intéressés de s'adresser au tribunal, les soins seraient administrés à l'enfant en vertu de l'article 13 C.c.Q.<sup>72</sup> Paradoxalement, le paragraphe 2 de l'article 13 C.c.Q. rend malgré tout le consentement nécessaire lorsque les soins sont «intolérables pour la personne». Se pourrait-il que ce soit le cas pour un jeune Témoin de Jéhovah possédant la maturité, l'intelligence et la compréhension requises pour refuser de façon éclairée une transfusion sanguine?<sup>73</sup> Sans doute. En dépit de ce paradoxe, le *Code civil* assimile en quelque sorte l'âge de treize ans et moins à l'inaptitude, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent.

---

71. Voir par exemple les arrêts suivants concernant l'opportunité de soigner l'enfant à la lumière de son intérêt, *In re Goyette : Centre de services sociaux du Montréal Métropolitain*, [1983] C.S. 429 (C.S.); *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q.1221 (C.A.); *Protection de la jeunesse* - 332, [1988] R.J.Q. 1666 (C.S.); *La Commission de protection des droits de la jeunesse c. C.T. et G.R.*, [1990] R.J.Q. 1674 (C.S.).

72. Voir également l'article 43 de la *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q. c. P-35 qui dit que «Un établissement ou un médecin doit voir à ce que soient fournis des soins ou traitements à toute personne dont la vie est en danger.»

73. Selon M. Ouellette, *loc. cit.*, *supra*, note 28, à la p. 24, n° 30, la notion de conséquence intolérable fait appel à des éléments subjectifs : «Une personne qui refuse la transfusion salvatrice estime la mort préférable à l'ostracisme de la société religieuse et aux angoisses métaphysiques qui en résulteront.»

Ces interprétations sont à la fois réconfortantes et troublantes. Réconfortantes car elles réaffirment un droit de regard des parents sur leurs enfants mineurs, et troublantes parce qu'elles confirment le préjugé adulte voulant que les mineurs n'aient ni la sagesse ni la maturité voulues pour prendre une décision éclairée face à un dilemme aux conséquences si lourdes,<sup>74</sup> et qu'une personne plus sage doive décider à leur place. Or ce point de vue est inquiétant : il suggère que les profondes convictions religieuses ou morales sont réservées aux personnes majeures.<sup>75</sup>

À cet égard, la jurisprudence de *common law* canadienne s'avère intéressante. Dans l'affaire *Re : L.D.K.; Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. K and K*,<sup>76</sup> une enfant âgée de 12 ans et atteinte de leucémie avait refusé à la fois les transfusions sanguines et la chimiothérapie. La Children's Aid Society avait demandé que l'enfant soit placée sous sa protection afin de pouvoir lui administrer des soins médicaux qu'elle jugeait appropriés. L'espérance de rémission était de l'ordre de 10 à 30% sur une période de deux ans et demi. À cause d'un malentendu, l'enfant avait déjà reçu une transfusion contre sa volonté. Le Tribunal<sup>77</sup> a déclaré que non seulement elle avait été victime de discrimination en raison de sa religion et de son âge, à l'encontre de l'article 15 de la *Charte des droits et libertés*,<sup>78</sup> mais aussi que le droit à la sécurité de sa personne, prévu à l'article 7 de la même *Charte*, avait été violé lorsqu'on lui

---

74. Voir *Parham v J.R.*, 99 S. Ct. 2493 (1979), où le Juge en chef Burger avait écrit : «The law's concept of the family rests on a presumption that parents possess what a child lacks in maturity, experience, and capacity for judgment required for making life's difficult decisions. More importantly, historically it has recognized that natural bonds of affection lead parents to act in the best interests of their children» (à la p. 2504).

De plus il a affirmé : «Most children, even in adolescence, simply are not able to make sound judgments concerning many decisions, including their need for medical care or treatment. Parents can and must make these judgments» (à la p. 2505).

75. D'ailleurs, en s'appuyant sur la cause *Droit de la Famille - 260*, [1986] R.J.Q. 315 (C.S.), T. Leroux, B. Knoppers, J.-C. Galloux («Les Enfants, Les Incapables et la Génétique» (1991) 36 *Revue de droit de McGill* 457, à la p. 487) écrivent, «Les enfants ayant l'âge de faire un choix éclairé ont un droit fondamental de faire leur propre choix religieux».

76. (1985) 48 R.F.L. (2d) 164.

77. Main, J. Ont. Prov. Court (Family Division).

78. *Op. cit.*, *supra*, note 76, p. 171.

avait administré une transfusion.<sup>79</sup> Le juge Main a décrit l'enfant L.D.K. en ces termes :

«She has wisdom and maturity well beyond her years and I think it would be safe to say that she has all the positive attributes that any parent would want in a child. She has a well thought out, firm and clear religious belief. In my view, no amount of counselling from whatever source or pressure from her parents or anyone else, including an order of this court, would shake or alter her religious beliefs.»<sup>80</sup>

C'est donc qu'elle n'était pas une enfant ayant besoin de la protection de la Children's Aid Society. Elle mourut peu de temps après, à son domicile.

Deux autres arrêts plus récents abondent dans le même sens. Dans *Re A.Y.*,<sup>81</sup> le tribunal avait confirmé la décision d'un garçon de quinze ans, atteint de leucémie, de refuser des transfusions sanguines. Soulignant la maturité exceptionnelle de l'enfant, on a tenu compte de son état d'esprit et de ses croyances religieuses afin de ne pas le soigner malgré lui.<sup>82</sup> L'enfant est décédé le 13 septembre 1993.

L'autre arrêt, *Region 2 Hospital Corp. v. Walker*,<sup>83</sup> découle de faits également tristes. Un jeune Témoin de Jéhovah, âgé de quinze ans et neuf mois et atteint de leucémie, avait refusé toute transfusion. La Cour d'appel du Nouveau Brunswick, renversant la décision de première instance du juge Turnbull, avait conclu que l'enfant était un «*mature minor*», et qu'en vertu de la

---

79. *Id.*

80. *Id.*

81. (1993) 111 Nfld & P.E.I. R. 91 (Newfoundland Unified Family Court, le juge Wells.)

82. *Id.*, p. 96.

83. (1994) 150 N.B.R.(2d) 366; 4 R.F.L. (4th) 321; 116 D.L.R. (4th) 477.

législation de cette province,<sup>84</sup> il pouvait refuser des soins.<sup>85</sup> Joshua Walker rendit l'âme le 5 octobre 1994.

Évidemment, ces décisions ont découlé de situations factuelles susceptibles d'en limiter la portée. En effet, les mineurs en cause étaient tous des leucémiques dotés d'une expectative de vie fort réduite.<sup>86</sup> Si par hypothèse, au lieu d'être atteints de cancer, chacun de ces enfants avait été victime d'une hémorragie causée par une lacération, et que les effets mortels de la blessure avaient pu être évités par une simple transfusion sanguine, on peut se demander si les mêmes tribunaux auraient quand même fait valoir la volonté des mineurs en cause.

La cause de *Tarin H. et Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*<sup>87</sup> est peut-être intéressante à cet égard. Tarin, une Témoin de Jéhovah âgée de treize ans et demi, est atteinte d'anémie aplasique. Son état exige qu'elle reçoive immédiatement des transfusions de plaquettes afin d'éviter une hémorragie intracrânienne. Elle et ses proches s'objectent à l'administration de ce type de soins. Selon le *Consent to Treatment Act*<sup>88</sup> et le *Children and Family Services Act*,<sup>89</sup> pour que son refus soit respecté, la requérante doit prouver qu'elle est une «*mature minor*» à la lumière des critères suivants :

«The hallmarks of capacity to consent to medical treatment are generally recognized as :

---

84. *Medical Consent of Minors Act*, ou en français, la *Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux*, L.R.N.-B., c. M-6.1, art. 3(1).

85. Dans l'arrêt *Walker*, *op. cit.*, *supra*, note 83, le Juge en chef Hoyt est d'opinion que le droit du «*mature minor*» de consentir aux soins en vertu de la *Loi sur le consentement des mineurs aux traitements médicaux*, comporte le droit de refus (p. 317), tandis que le juge Ryan est d'avis que la capacité de consentir en vertu de cette loi ne comprendrait pas la capacité du mineur mature de refuser des soins lorsque sa vie serait gravement menacée par son refus (p. 396-397).

86. D'ailleurs, Mme le juge Wilson dans la cause *Tarin H. and Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, Court File n° RE1/95, Prov. Div. File n° C783/95, Ontario Court of Justice (General Division), motifs déposés le 5 janvier 1996, a affirmé, «I note that there is no case in Canada where the wishes of a mature minor have been followed when to do so would significantly increase the chances of the child's death (p. 25)».

87. *Id.*

88. S.O. 1992, c. 31.

89. R.S.O. 1990, c. C-11.

the ability to appreciate the condition or disorder for which treatment is proposed;  
the ability to appreciate the proposed treatment; and  
the ability to understand and appreciate the likely consequences, both good and bad, to be expected from treating or not treating.»<sup>90</sup>

Les médecins témoignant à l'enquête expriment des doutes sur la validité du refus de la jeune fille, prétendant que l'enfant n'a pas la maturité nécessaire pour prendre une telle décision. Même si cette dernière affirme comprendre les conséquences d'un refus de traitement, elle croit que malgré tout, Dieu lui sauvera la vie. De plus, ils s'interrogent sur la capacité de cette enfant de résister aux pressions exercées sur elle par son entourage. La décision de soigner est donc maintenue.

Quoi qu'il en soit, il n'en demeure pas moins que ces décisions soulèvent des interrogations pour le juriste québécois. Dans d'autres provinces, comme on l'a vu, les tribunaux prennent la peine de s'intéresser à la maturité des enfants qui doivent prendre une décision éclairée regardant des soins médicaux.<sup>91</sup> Se pourrait-il qu'ici, le fait pour le législateur d'avoir fixé un âge arbitraire pour qu'une personne soit investie de la capacité de consentir aux soins ne contredise pas certains droits et libertés conférés par les *Chartes* canadienne et québécoise?

## **B - Validité de certaines dispositions du *Code civil* sur le consentement aux soins à la lumière des *Chartes* canadienne et québécoise**

Les deux *Chartes* contiennent des dispositions consacrant la liberté de conscience et de religion,<sup>92</sup> ainsi que le droit à la vie, à la liberté et la sécurité de la personne.<sup>93</sup> Toutes deux protègent soit de façon expresse,<sup>94</sup> soit de façon

---

90. *Op. cit.*, *supra*, note 86, p. 14.

91. «In other words the test is functional, rather than status-based», selon M. Jones; K. Keywood, «Assessing the Patient's Competence to Consent to Medical Treatment», (1996) 2 *Medical Law International* 107, à la p. 111.

92. *Charte canadienne des droits et libertés*, *Loi de 1982 sur le Canada*, annexe B, 1982 (R.-U), c. 11 (Ci-après la *Charte canadienne*), article 2(a); *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12 (ci-après la *Charte québécoise*) article 3.

93. *Charte canadienne* article 7; *Charte québécoise* article 1.

94. *Charte québécoise* article 5.

implicite,<sup>95</sup> le droit à la vie privée. En outre, elles interdisent formellement la discrimination fondée sur l'âge.<sup>96</sup> Les dispositions du *Code civil du Québec* que nous avons étudiées sauraient-elles résister à un examen fait à la lumière des deux *Chartes*?

Afin d'analyser leur effet sur le droit du mineur apte à refuser des soins, nous nous attacherons d'abord aux dispositions pertinentes de la *Charte* canadienne, et ensuite, à celles de la *Charte* québécoise. Nous prions le lecteur de noter que cette étude ne prétend pas être exhaustive, mais qu'elle cherche plutôt à explorer les principales questions qu'entraîne cette problématique.

## **I - La Charte canadienne**

La *Charte* canadienne soulève plusieurs questions. La première, et peut-être la plus controversée, est de savoir si elle s'applique aux relations juridiques régies par le *Code civil du Québec*. Si la réponse est oui, nous devons ensuite déterminer si les articles 14 al. 2, 16 al. 2 et 23 al. 2, entre autres, sont en conflit avec des droits consacrés par la *Charte*. Et si la réponse est encore oui, la question ultime devient la suivante : la violation de la *Charte* serait-elle légitimée par l'article 1 de cette même *Charte*?

L'article 32 de la *Charte* canadienne précise qu'elle s'applique au Parlement, à la législature de chaque province et aux gouvernements fédéral et provinciaux. Ainsi, la Cour suprême a décidé dans l'affaire *Dolphin Delivery*<sup>97</sup> que la *Charte* s'appliquait à toute action gouvernementale.<sup>98</sup> Elle pourrait être pertinente à l'objet de notre étude de deux façons. Si on estime que les hôpitaux, par leurs liens étroits avec l'État, poursuivent une activité gouvernementale,<sup>99</sup> la

---

95. *R. c. Dymont*, (1988) 66 C.R. (3d) 348, [1988] 2 R.C.S. 417, 45 C.C.C. (3d) 244; *R. c. Beare*, [1987] 1 W.W.R. 97, [1988] 2 R.C.S. 387, 33 C.R.R. 382.

96. *Charte* canadienne article 15(1); *Charte* québécoise article 10. La *Charte* québécoise reconnaît le droit à l'exercice des droits et libertés de la personne sans distinction, exclusion ou préférence fondées sur «l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi».

97. *Syndicat des détaillants, local 580 c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.

98. *Ibid.*, aux pp. 598, 599.

99. *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, (1986) 30 D.L.R. (4th) 700 (C. A. C.-B.), à la p. 705. En examinant les relations juridiques entre le Vancouver General Hospital et le gouvernement de la Colombie-Britannique, la Cour suprême, par une faible majorité, a

*Charte* pourrait s'appliquer au refus de soins émis dans un cadre hospitalier. L'autre moyen par lequel la *Charte* pourrait demeurer pertinente est moins évident, mais peut découler de l'affirmation faite dans *Dolphin Delivery*, à savoir que la *Charte* s'applique à toute législation, mais non aux règles de *common law*, à condition bien sûr que dans ce dernier cas, en faisant valoir un droit ou un recours découlant de la *common law*, il n'y ait aucune intervention gouvernementale portant atteinte à un droit garanti.<sup>100</sup> Le *Code civil du Québec* étant d'origine législative, que ses règles soient soumises à la *Charte* ne semble pas être purement hypothétique.

Certes, plusieurs auteurs voudraient que le *Code civil* puisse échapper à la *Charte*, de la même façon et avec les mêmes réserves que la *common law*,<sup>101</sup> mais il nous semble que la portée de l'arrêt *Dolphin Delivery* soit assez considérable pour assujettir le *Code civil* à la *Charte* canadienne<sup>102</sup>. Ainsi, tout

---

renversé la décision de la Cour d'appel et a statué que l'hôpital ne faisait pas partie du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte* ([1990] 3 R.C.S. 483). Selon le juge La Forest, qui parlait au nom des juges majoritaires (à la p.513),

«En résumé, il est capital dans l'évaluation du cadre législatif [...] d'avoir présent à l'esprit la différence entre le contrôle absolu ou extraordinaire et le contrôle routinier ou régulier. Bien qu'on ne puisse contester que l'existence du Vancouver General relève en dernier ressort du gouvernement de la Colombie-Britannique, je ne crois pas que l'on puisse affirmer que la *Hospital Act* assujettit les aspects quotidiens ou routiniers du fonctionnement de l'hôpital [...]»

100. *Op. cit.*, *supra*, note 97, à la p. 599.

101. Voir Y.-M. Morissette, «Application des Chartes des droits et libertés en matière civile» dans *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*, Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1988, 1, à la p. 18 et auteurs cités; voir également B. Slaterry, «The Charter's Relevance to Private Litigation : Does *Dolphin Delivery*?, (1987) 32 McGill L.J. 905.

102. Évidemment, ce point de vue n'est pas universellement admis. Dans *Larose c. Malenfant* [1988] R.J.Q. 2643 la majorité des juges de la Cour d'appel n'a pas voulu accorder à l'arrêt *Dolphin Delivery* une portée générale pouvant englober toutes les dispositions du *Code civil*. Selon le juge Beauregard, «Le seul principe général de l'article 1053 C.C. me paraît insuffisant pour qu'on puisse dire qu'il y a en cause un acte du gouvernement du Québec» (p. 2645). Dans *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 (à la p. 571), la Cour suprême a jugé que les règles de la *Charte* ne s'appliquaient pas car : «Il s'agit d'une action civile entre deux particuliers. Pour que la *Charte* canadienne puisse être invoquée, l'État doit avoir pris une mesure quelconque qu'on attaque [...]. L'argument selon lequel la *Charte* suffit par elle-même pour fonder l'injonction en cause ne constitue pas une attaque dirigée contre un acte de l'État. L'intimé n'a cité aucune "loi" dont il peut affirmer qu'elle porte atteinte à ses droits ou à ceux d'autrui.» Le professeur Hogg s'appuie sur cette affirmation pour prétendre



geste accompli en vertu d'un texte du *Code civil* pourrait devoir respecter les droits et protections reconnus par la *Charte* canadienne.<sup>103</sup>

Il importe de souligner d'abord le principe suivant, retenu dans la cause *Sheena B.*<sup>104</sup> :

«Les droits énoncés dans la *Charte* sont des droits individuels dont les enfants peuvent nettement se prévaloir dans leurs rapports avec l'État et avec d'autres personnes - peu importe qu'ils s'agisse d'étrangers, d'amis, de parents, de tuteurs, ou encore du père ou de la mère.»<sup>105</sup>

Dans ce cas, l'imposition de soins au mineur apte, disposant de la maturité nécessaire pour exercer un choix, semblerait à première vue compromettre les droits de ce dernier à la liberté de religion et de conscience.<sup>106</sup> Le juge Dickson avait déjà affirmé dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart*<sup>107</sup> :

«Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur

---

que «This removes the intolerable anomaly of the Charter having a far more extensive application in Quebec than it has in the nine common law provinces» (P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3e édition, Toronto, Carswell, 1992, vol. 2, p. 34-18, note 84). Avec égards, il semble attacher une portée trop grande à cette affirmation de la Cour suprême car, en effet, la teneur du jugement dans *Daigle* était à l'effet que l'enfant conçu n'avait aucun statut légal et donc, que le géniteur de l'enfant n'avait pas le droit d'exercer un pouvoir de contrôle sur la décision de la femme enceinte de faire avorter son fœtus. Le silence du *Code civil* (selon la Cour suprême) sur les "droits" du fœtus ainsi que sur les "droits du père" semblent avoir écarté l'exigence d'un "acte de l'état" pour que la *Charte* puisse s'appliquer.

103. *McKinney c. U. de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 327 (la juge Wilson); *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, à la p. 178 (la juge L'Heureux-Dubé).

104. *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

105. *Ibid.*, à la p.432, (MM. les juges Iacobucci, Major).

106. Art. 2(a) de la Charte canadienne. Voir également l'opinion de Madame la juge McLachlin dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, à la p. 122 où elle écrit, «Pour les enfants plus âgés, un facteur additionnel pourra jouer soit, comme le dit le juge Dickson, le «propre droit» des autres «d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles».

107. [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 346; 18 D.L.R. (4th) 321.

propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.»

Quelques années plus tard, dans l'affaire *Morgentaler*,<sup>108</sup> la juge Wilson a exprimé l'opinion que, même non fondées sur une quelconque appartenance religieuse, les valeurs morales et les croyances personnelles peuvent aussi bénéficier de la protection de l'article 2 (a)<sup>109</sup> :

«Il me semble donc, que dans une société libre et démocratique, la “liberté de conscience et de religion” devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque. D'ailleurs, sur le plan de l'interprétation législative, les termes “conscience” et “religion” ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié.»<sup>110</sup>

Expliquant davantage la portée de la liberté de religion, le juge Dickson pour sa part a énoncé le principe suivant :

«La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.»<sup>111</sup>

Il est donc évident que le droit d'exercer sa religion sans entrave est reconnu par la *Charte*, à la condition qu'il s'exerce sans nuire à autrui.

---

108. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

109. *Ibid.*, à la p. 178. Ce faisant, elle répondait à certaines difficultés potentielles évoquées par F. Carnerie («Euthanasia and Self-Determinism : Is there a Charter Right to Die in Canada?» (1986-87) 32 McGill L.J. 299, à la p.326) qui avait exprimé l'inquiétude qu'il serait plus difficile de réclamer une protection constitutionnelle de certaines croyances personnelles à cause de la règle énoncée dans *R. v. Videoflicks*, (1984) 48 O.R. (2d) 395 (Ont. C.A.) (en Cour suprême *sub. nom. R. c. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713). En effet, selon la Cour d'appel de l'Ontario, la protection de la Charte ne serait offerte qu'aux comportements basés sur des croyances «[...] by which one feels bound to conduct most, if not all, of one's voluntary actions» (à la p. 422).

110. *Ibid.*, à la p. 179.

111. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *op. cit.*, *supra*, note 107, à la p. 337.

Concernant maintenant l'article 7, qui consacre le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, nos réflexions s'attacheront à la liberté et à la sécurité de la personne.<sup>112</sup> Le droit à la vie, on l'aura compris, n'est pas en cause ici.

Le droit à la liberté est inséparable de la notion de la dignité humaine,<sup>113</sup> et l'idée de dignité humaine comprend le droit de choisir.<sup>114</sup> Le droit à la liberté «[...] garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée».<sup>115</sup> La décision prise par un médecin de soigner un patient apte nonobstant son refus constituerait donc une atteinte au droit à l'autonomie de ce patient.<sup>116</sup>

---

112. Sans diminuer l'importance de la protection apportée par la *Charte* à la vie de la personne, cette notion de «vie» et sa protection semblent soulever une controverse dans des situations où on se demande quand débute la vie. Autrement dit, la *Charte canadienne* apporte-t-elle une protection au fœtus? Les arrêts *Borowski c. Procureur-général du Canada*, (1983) 8 C.C.C. (3d) 392, (1987) 33 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Sask.), [1989] 2 R.C.S. 530 y ont répondu négativement. L'autre question qui se pose, surtout lorsque l'individu concerné est grièvement atteint, est de savoir si la notion de vie se définit seulement en fonction de l'existence physique ou encore de manière plus adroite en fonction de la qualité de la vie (F.Carnerie, *loc. cit.*, *supra*, note 109, p. 322). Il nous semble peu approprié que le degré de protection de la vie le soit en fonction de la qualité de la vie. En outre, la protection de la vie par la *Charte* ne doit pas servir de prétexte pour restreindre l'autonomie personnelle de chacun. En d'autres mots, même s'il existe une obligation de porter secours (art. 2 *Charte québécoise*), le bénéficiaire du devoir n'est pas obligé de se laisser secourir car la protection de la vie ne peut devenir une obligation de vivre. Un droit subjectif est une prérogative de la personne et, par définition, suppose un choix de la part de cette dernière.

113. La juge Wilson, dans *R. c. Morgentaler op. cit.*, *supra*, note 108, à la p. 166.

114. *Id.*

115. *Id.*, à la p. 171.

116. *R. c. Big M Drug Mart Ltd, op. cit.*, *supra*, note 107, aux pp. 336 - 337. Voir également J.-L. Baudouin, «Le point de vue du juriste sur la recherche auprès des enfants au Canada», (1993) 4(1) *NCBHR Communiqué CNBRH* 20, à la p. 21 où il affirme : «On pourrait aussi invoquer la Charte pour remettre en cause une loi permettant de se passer du consentement du sujet de recherche [qui est mineur], puisque le droit à la liberté inclut le droit de décider pour soi-même.» Dans la cause de *Sheena B.* (*op. cit.*, *supra*, note 104, à la p. 341), le juge Lamer réaffirme sa position dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'art. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)* ([1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1173, 1174) à l'effet qu'il y a lieu de distinguer le droit à la liberté dont parle l'article 2(a) de la *Charte canadienne* et la liberté mentionnée à l'article 7, cette dernière visant essentiellement la «dimension physique du terme "liberté", laquelle peut être perdue par l'intervention du système juridique». Il reconnaît cependant la pertinence de l'article 7 dans les situations où l'on pourrait priver quelqu'un de sa liberté au moyen de contraintes, lorsqu'il s'agit de détenir une personne

Par l'enchâssement du droit à la sécurité dans la *Charte*, la protection du corps humain contre les intrusions d'autrui «[...] a été promue au rang de norme constitutionnelle».<sup>117</sup> Cette protection s'étendra non seulement à la protection de l'intégrité corporelle mais aussi à celle de l'intégrité mentale.<sup>118</sup> En relation avec le droit de la personne à l'inviolabilité, la juge Wilson avait exprimé l'avis que «[l]es traitements médicaux ou chirurgicaux imposés par l'État viennent tout de suite à l'esprit comme exemples d'atteintes manifestes à l'intégrité corporelle».<sup>119</sup> De la même façon, le juge Riche dans la cause de *Re C.P.L.*,<sup>120</sup> qui concernait la prise en charge («*apprehension*») d'un enfant dont les parents Témoins de Jéhovah avaient refusé une transfusion sanguine jugée médicalement nécessaire, déclarait :

«The child was apprehended. Apprehension is similar to arrest. It is the taking of control of the physical person. When a person is apprehended, he is denied his right to liberty and security. When he is treated to medical or surgical treatment without his consent, his security is violated».<sup>121</sup>

---

souffrant de troubles mentaux ou d'isoler un malade contagieux (*id.*). Par contre, le juge La Forest (avec l'approbation des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin) dit que «[...] [La] liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne»(*ibid.*, à la p. 368).

117. Le juge en chef Dickson dans *Morgentaler*, *op. cit.*, *supra*, note 108, à la p. 53.

118. *R. c. Videoflicks Ltd.*, *op. cit.*, *supra*, note 109, à la p. 433 (C.A. Ont.); *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863 (le juge Lamer) aux pp. 919-920. Le juge Lamer faisait référence au traumatisme psychologique.

119. *R. c. Morgentaler*, *op. cit.*, *supra*, note 108, à la p. 173. Sur la distinction entre l'inviolabilité et l'intégrité de la personne, il est intéressant de lire la réflexion de A. Popovici, «Repenser le droit civil : un nouveau défi pour la doctrine québécoise», (1995) 29 R.J.T. 545, à la p. 557.

120. (1988) 70 Nfld & P.E.I.R. 287 (Nfld Unified Family Court); (1993) 112 Nfld & PEIR 148 (Newfoundland Supreme Court, Court of Appeal); permission d'appeler à la Cour suprême refusée, (1995) 186 N.R. 78 (note).

121. *Ibid.*, à la p. 304. N. Bala et J.D. Redfearn affirment que, «There are clearly many situations in which children lack the intellectual or emotional maturity to make decisions about their lives. However, there may be circumstances in which a child may seek to make a decision about his own life, and where to deny this right is to infringe upon his "liberty" or upon other constitutionally guaranteed rights» («Family Law and the "Liberty Interest" : Section 7 of the Canadian Charter of Rights», (1983) 15 Ottawa L.R. 274 à la p. 298).

On peut donc raisonnablement envisager que les dispositions à l'étude du *Code civil du Québec* constituent une atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de la personne. Toutefois, ces atteintes ne violeraient les garanties constitutionnelles que si elles n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale. Est-ce le cas?

En effet, comme le souligne Julia Hanigsberg,<sup>122</sup> les atteintes à l'intégrité de la personne, pour être conformes à la *Charte*, doivent respecter les principes de justice fondamentale, tant au niveau procédural que substantif.<sup>123</sup> Pour ce qui est de la procédure, les dispositions du *Code civil* se soucient de la protection des droits de la personne en imposant le recours au tribunal en cas de refus de soins dans une situation qui n'est pas urgente. En ce qui concerne la substance, le *Code civil* impose au tribunal des règles à suivre avant de rendre sa décision.<sup>124</sup>

Nos interrogations en matière de justice fondamentale se situent surtout au niveau substantif. Le juge Lamer, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*<sup>125</sup> a décrit le «principe de justice fondamentale» en ces termes :

«L'expression "principe de justice fondamentale" constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d'établir les paramètres de ce droit.

Les articles 8 à 14 visent des atteintes spécifiques au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Ils constituent donc des illustrations du sens, en droit pénal ou criminel, de l'expression «principes de justice fondamentale»; ils représentent des principes reconnus, en vertu de la *common law*, des conventions internationales et de l'enchâssement même dans la *Charte*,

---

122. «Power and Procreation : State Interference in Pregnancy», (1991) 23 Revue de droit d'Ottawa 35, à la p. 65.  
123. *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 590 (le juge Sopinka).  
124. Article 23 C.c.Q.  
125. [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 512.

comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique.»<sup>126</sup>

Si l'imposition des soins à un mineur apte, âgé de quatorze ans et plus, s'avérait une forme de détention ou de contrainte allant à l'encontre de l'article 9,<sup>127</sup> ou encore un traitement cruel et inusité interdit par l'article 12,<sup>128</sup> l'atteinte à la liberté et à la sécurité ne serait pas alors, selon les propos du juge Lamer dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*,<sup>129</sup> conforme aux principes de justice fondamentale. Adoptant un point de vue plus large sur la question, la juge Wilson avait déjà prétendu que l'imposition d'un traitement bousculant les croyances morales ou religieuses de l'individu constituait à la fois une violation des articles 2(a) et 7 de la *Charte* canadienne : «Je crois qu'une atteinte au droit conféré par l'article 7 qui a pour effet d'enfreindre un droit que garantit par

- 
126. Voir également l'opinion de la juge McLachlin dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 603 où on affirme : «Il faut déterminer en définitive si le texte législatif, interprété en fonction de l'objet, respecte les préceptes fondamentaux de notre système de justice. Une façon de présenter cette question est de se demander si, par son objet ou son effet, la loi contestée viole le droit garanti par la *Charte*. Selon ce critère, l'objet doit recevoir une définition large en fonction du but ultime de la loi. L'effet vise les véritables conséquences de la loi. Lorsque le droit garanti par la *Charte* est un droit de l'individu, comme dans le cas de l'art. 7, l'examen de l'effet portera nécessairement sur l'effet global de la mesure à l'intérieur du système de justice et englobera en outre l'étude de son incidence sur les individus dont les droits sont protégés par la *Charte* [...]» Pour une discussion intéressante à propos de cet arrêt, voir L. Tremblay, «Réflexions sur la portée de l'art.7 de la Charte canadienne des droits et libertés suite à la décision de la Cour suprême dans le renvoi sur la *Motor Vehicle Act*», (1987) 18 R.D.U.S. 139, surtout aux pp. 201 et suivantes.
127. Voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 644, (le juge Le Dain).
128. Voir l'opinion du juge Sopinka dans *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, *op. cit.*, *supra*, note 123, à la p. 611.
129. [1985] 2 R.C.S. 486.

ailleurs la *Charte* ne saurait être conforme aux principes de justice fondamentale». <sup>130</sup>

Dans l'identification des principes de justice fondamentale devant régir un cas particulier, la Cour suprême a déjà établi l'utilité de considérer l'historique législatif de la disposition en cause.<sup>131</sup> Or cet exercice, déjà entrepris,<sup>132</sup> nous permet de constater à quel point les origines de l'actuel article 14 du *Code civil* sont modestes, en ce sens qu'il ne se retrouve pas dans les préceptes fondamentaux du droit. Comment ne pas y voir de l'arbitraire, quand la personne est jugée apte à décider des soins thérapeutiques du seul fait qu'elle est âgée de quatorze ans? C'est pourquoi nous remettons en cause la validité de ces dispositions du *Code* à la lumière de l'article 7 de la *Charte* canadienne. Certes l'âge de la majorité pourra paraître tout aussi arbitraire, mais c'était à la fois le privilège et le fardeau du législateur de le fixer, et ce travail ne s'est fait ni sans peine ni d'ailleurs sans changements. Chose certaine, la frontière entre majorité et minorité, tout arbitraire puisse-t-elle paraître, est une nécessité criante. Celle établie par l'article 153 du *Code civil du Québec* et fondée sur l'expérience collective de la société québécoise n'est pas arbitraire, c'est du moins notre prétention.

Nous avons vu que d'autres juridictions canadiennes, comme l'Ontario,<sup>133</sup> l'Île du Prince-Edouard<sup>134</sup> et le Nouveau Brunswick,<sup>135</sup> ont maintenu par la voie de leurs tribunaux le droit pour un «*mature minor*» de refuser des soins parce que l'imposition de soins à des mineurs aptes constitue une violation

---

130. *R. c. Morgentaler*, *op. cit.*, *supra*, note 108, à la p.175. Voir également I. Grant, «Forced Obstetrical Intervention : A Charter Analysis», (1989) 39 U. of T. L.J. 271, à la p. 231. Madame la juge Wilson avait soutenu ce même point de vue dans le *Renvoi sur les art. 193 et 195.1(1)c du Code criminel*, *op. cit.*, *supra*, note 116, à la p. 1220, 1221. Dans ce cas l'atteinte concernait à la fois la liberté d'expression (art. 2(b)) ainsi que la liberté sous l'art.7. Cependant ce point de vue n'a jamais reçu l'aval des autres membres de la Cour.

131. Voir l'opinion du juge Sopinka dans *Rodriguez c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, *op. cit.*, *supra*, note 123, à la p. 591 et les autorités y citées.

132. Voir ci-dessus notre discussion sur la capacité du mineur âgé de quatorze ans et plus en matière de refus de soins.

133. *Re : L.D.K.; Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. K and K*, *op. cit.*, *supra*, note 76.

134. *Re A.Y.*, *op. cit.*, *supra*, note 81.

135. *Region 2 Hospital Corp. v. Walker*, *op. cit.*, *supra*, note 83.

du droit à la sécurité de leur personne. La question se pose alors de savoir comment, en vertu de la *Charte* canadienne, un mineur d'une autre province aurait ce droit de refus, sans que ce même droit ne soit reconnu à son homologue québécois âgé de quatorze ans et plus, et ce malgré les termes non équivoques du paragraphe 2 de l'article 16 du *Code civil* permettant au titulaire de l'autorité parentale de consentir, en cas d'urgence en lieu et place du mineur qui a refusé des soins bien que sa vie soit en danger? En d'autres mots, ne pourrait-on prétendre que les jeunes québécois sont victimes d'une forme de discrimination résultant de certaines restrictions législatives à leur autonomie?

La Cour suprême, sous la plume de Madame la juge Wilson dans *R. c. Turpin*,<sup>136</sup> avait soulevé la question de la disparité provinciale dans une affaire pénale, où il fut argué qu'en vertu de la *Charte*, le droit criminel devait s'appliquer partout au pays, sans aucune distinction fondée sur la province de résidence. La juge Wilson avait rejeté cet argument et avait admis que certaines différences pouvaient exister sans pour autant engendrer une discrimination au sens de la *Charte*.<sup>137</sup> Cette incertitude regardant l'application uniforme de la loi à travers le Canada, même en matière criminelle, a déjà été résolue par la Cour suprême dans la cause *R. c. S.(S.)*,<sup>138</sup> qui a affirmé que la reconnaissance de la diversité régionale n'était pas incompatible avec une saine application de la *Charte*. Selon le Juge en chef Dickson :

«C'est un lieu commun de dire que la Constitution canadienne trace une ligne de démarcation non seulement entre le particulier et l'État, mais aussi entre les paliers fédéral et provincial de gouvernement. Un problème survient à l'intersection de ces deux lignes de démarcation établies par la Constitution car elles représentent un conflit entre deux valeurs antagonistes - l'uniformité et la diversité. Cela vaut particulièrement dans un cas où la disposition de la *Charte* que l'on

---

136. [1989] 1 R.C.S. 1296.

137. *Ibid.*, à la p. 1334. Afin de ne pas trahir la pensée de Madame la juge Wilson, elle avait écrit qu'il était «[...] possible que certaines différences dans le droit criminel ou la procédure en matière criminelle d'une province à l'autre puissent engendrer une discrimination au sens de la définition donnée par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Andrews*».

138. [1990] 2 R.C.S. 254.



invoque est le par. 15(1), qui consacre le principe de l'égalité devant la loi et dans la loi».<sup>139</sup>

Mais, poursuivait-il :

«Non seulement le partage des compétences permet un traitement différent selon la province de résidence, mais il autorise et encourage des distinctions d'ordre géographique. Il ne fait donc aucun doute que le traitement inégal qui résulte uniquement de l'exercice par les législateurs provinciaux de leur compétences légitimes ne saurait, du seul fait qu'il crée des distinctions fondées sur la province de résidence, être attaqué sur le fondement du par. 15(1)».<sup>140</sup>

Même si les provinces peuvent tenir compte d'une certaine diversité dans la culture ou les moeurs de leurs citoyens, sans pour autant enfreindre l'article 15 de la *Charte* prohibant certaines formes de discrimination, l'article 15 soulève l'interrogation suivante : l'imposition des soins à un mineur apte, âgé de quatorze ans et plus, en dépit de son refus éclairé, pourrait-elle constituer une forme de discrimination illégale fondée sur l'âge?

En effet, la *Charte*, dans son article 15, mentionne spécifiquement la discrimination en raison de l'âge. Et nous avons vu que déjà, en 1985, la Cour provinciale de l'Ontario avait décidé dans l'affaire *Re : L.D.K.; Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. K and K*<sup>141</sup> que l'imposition de soins à une enfant apte, âgée de douze ans, sans qu'elle ne soit même consultée, était une forme de discrimination contraire à la *Charte*. Malheureusement, l'analyse du juge sur cet aspect précis était plutôt succincte.

Cette question de la portée de l'article 15 est de nouveau apparue en Cour suprême, à l'occasion de la décision, fondamentale dans ce domaine, de *Andrews c. Law Society of British Columbia*.<sup>142</sup> Selon le juge McIntyre qui,

---

139. *Ibid.*, à la p. 287.

140. *Ibid.*, à la p. 288.

141. *Op. cit.*, *supra*, note 76.

142. [1989] 1 R.C.S. 143.

malgré sa dissidence dans cette cause, avait énoncé les principes de rigueur en matière de discrimination :

«[L]a discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement».<sup>143</sup>

De plus, on y affirmait que l'énumération contenue à l'article 15 n'était pas restrictive, mais faisait au contraire état des formes «[...] de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement [...] »<sup>144</sup>

Mais la seule présence d'une distinction discriminatoire ne suffirait pas pour entraîner les sanctions de la *Charte*; il faudrait de plus que cette distinction crée un désavantage sur le plan législatif.<sup>145</sup>

---

143. *Ibid.*, aux pp. 174-175.

144. *Ibid.*, à la p. 175.

145. *Ibid.*, à la p. 182. Selon le juge Gonthier dans sa dissidence à la décision de *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, à la p. 435, «L'analyse à entreprendre selon le par. 15(1) de la *Charte* comporte trois étapes. Premièrement, il faut déterminer si la loi établit une distinction entre le demandeur et d'autres personnes. Deuxièmement, il faut se demander si la distinction donne lieu à un désavantage et examiner si le texte législatif attaqué impose à un groupe de personnes auquel appartient le demandeur des fardeaux, obligations ou désavantages non imposés à d'autres ou le prive d'un bénéfice qu'il accorde à d'autres. C'est à cette deuxième étape que l'on examine l'effet direct ou indirect de la loi. Troisièmement, il faut déterminer si la distinction est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente mentionnée au par. 15(1) ou sur une caractéristique analogue.» Voir également *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, à la p. 531 (le juge La Forest).

Dans plusieurs décisions, la Cour suprême a circonscrit la discrimination en raison de l'âge. Ainsi, elle a statué que la mise à la retraite obligatoire à tel âge,<sup>146</sup> ou l'inadmissibilité aux prestations d'assurance-chômage ordinaires à soixante-cinq ans,<sup>147</sup> étaient discriminatoires. Dans la plupart des ces arrêts cependant, la discrimination reprochée n'avait pas conduit à des sanctions, et ce, pour diverses raisons, y compris celle de l'absence d'action gouvernementale, ou encore parce que la violation du droit constituait une limite raisonnable au sens de l'article 1 de la *Charte*. Mais en rendant son opinion dans *McKinney c. Université de Guelph*, le juge La Forest a insisté sur les différences importantes entre la discrimination fondée sur l'âge et les autres motifs de discrimination mentionnés à l'article 15. En effet, s'il n'y a pas de corrélation entre la race, la religion ou la couleur, et les capacités d'une personne, ce n'est pas le cas en matière d'âge. Comme il a écrit, «[i]l y a un rapport général entre le vieillissement et l'affaiblissement des capacités».<sup>148</sup> On pourrait sans doute avancer le corollaire qu'il y a un rapport entre l'immaturité de la jeunesse et la qualité de son jugement. Mais le juge La Forest a eu raison de souligner qu'on doit se méfier des lois affectant des personnes à partir de suppositions inexactes, particulièrement en regard des effets de l'âge sur la capacité.<sup>149</sup> C'est pourquoi nous devons envisager avec prudence et circonspection toute loi qui fait une adéquation entre l'âge et l'incapacité d'une personne.<sup>150</sup> C'est justement la réserve

---

146. *McKinney c. Université de Guelph*, op. cit., supra, note 103; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, op. cit., supra, note 99; *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570.

147. *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22

148. Op. cit., supra, note 103, à la p. 297.

149. Id.

150. É. Deleury, «Le projet de loi 106 et les droits de la personnalité : perspective et analyse prospective», (1984) 25 C. de D. 698, à la p. 713. *Contra* : N. Girard, *Le consentement du mineur aux soins médicaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1993, à la p. 45, qui préfère la détermination d'un âge précis comme critère, assimilant ce choix à celui de la fixation de l'âge de majorité. Selon le juge Reeves dans *Gosselin c. P.G. du Québec*, [1992] R.J.Q. 1647 (C.S.), à la p. 1675 : «La discrimination fondée sur l'âge dépendra de la pertinence de la distinction ou classification faite par rapport à l'objectif recherché.»

que nous inspire le *Code civil* en ce qui concerne le refus de soins des personnes mineures.<sup>151</sup>

La violation de certains droits et libertés que constitue l'imposition de soins aux mineurs aptes, âgés de quatorze ans et plus, ou encore aux mineurs âgés de treize ans et moins, pourrait malgré tout se justifier en vertu de l'article 1 de la *Charte*.<sup>152</sup> C'est ce qu'il convient d'examiner. Les critères servant à juger la nature raisonnable des limites imposées à l'exercice des droits d'un individu ont été établies par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*.<sup>153</sup> D'abord, l'objectif pour lequel la loi a été conçue doit être suffisamment important pour justifier l'atteinte aux droits et libertés protégés par la Constitution. Ensuite, les moyens choisis doivent être proportionnels à l'objectif recherché.<sup>154</sup> Afin d'établir si effectivement cette proportion entre les moyens utilisés et l'objectif poursuivi est respectée, les composantes suivantes sont requises :

«Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question [...] Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les *effets* des

---

151. Selon N. Bala et D. Cruickshank, «Children and the Charter of Rights» dans B. Landau, éditeur, *Children's Rights in the Practice of Family Law*, Toronto, Carswell, 1986, 28, à la p. 64 : Clearly the resolution of these issues requires a careful balancing of the rights of parent, child and state and will depend on the nature of the proposed treatment and the maturity of the child. It does not seem adequate, however, to deny a child all right to participate in a decision about such matters solely on the basis of age.»

152. L'article 1 de la *Charte canadienne* se lit ainsi : «La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

153. [1986] 1 R.C.S. 103, surtout aux pp. 138-139.

154. *R. c. Morgentaler*, *op. cit.*, *supra*, note 108, à la p. 180 (la juge Wilson).

mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important»<sup>155</sup>.

En examinant la première de ces conditions, c'est-à-dire l'objectif que recherche le législateur québécois en restreignant la faculté de refus du mineur apte, il faut se rappeler que la protection du corps humain contre les ingérences des tiers a été promue au rang de norme constitutionnelle,<sup>156</sup> du moins en ce qui concerne les majeurs aptes. Certes, on pourrait prétendre<sup>157</sup> que la protection de la vie humaine est une valeur supérieure à celle du respect de l'autonomie de l'individu.<sup>158</sup> Cependant nous doutons de la validité juridique de ce point de vue à la lumière des développements jurisprudentiels récents que nous avons mentionnés.<sup>159</sup> Il est admis que le respect de l'intégrité de la personne et son autonomie corporelle l'emportent sur la préservation de la vie.<sup>160</sup> À l'égard des mineurs, nous reconnaissons qu'à première vue la protection de leur vie et de leur intégrité corporelle pourrait constituer un but qui justifie une entorse à leur autonomie. Mais la détermination par le législateur d'un âge de capacité en

---

155. *Op. cit.*, *supra*, note 153, à la p. 139.

156. Voir l'opinion du juge en chef Dickson dans l'affaire *Morgentaler*, *op. cit.*, *supra*, note 108, à la p. 53. Voir également celle du juge Sopinka dans *Rodriguez*, *op. cit.*, *supra*, note 123, à la p. 588.

157. Par exemple A. Mayrand, *op. cit.*, *supra*, note 3, aux pp. 48, 49, n° 40.

158. Voir la décision du juge A. Barbeau dans l'affaire de *Procureur général du Canada c. Hôpital Notre-Dame et Niemiec*, ([1984] C.S. 426) où il fut ordonné que des soins soient administrés à un immigrant polonais qui s'était introduit un fil d'acier dans l'oesophage. Niemiec, qui faisait l'objet d'un ordonnance d'expulsion du Canada, ne voulait pas retourner dans son pays d'origine. En ordonnant le traitement du patient, le juge n'a pas fait allusion aux *Chartes* canadienne et québécoise et décide en fonction du principe voulant que le respect de la vie prime le respect de la volonté (à la p. 427). Bien que nous ne partagions pas les motifs du juge, nous sommes en accord avec le dispositif car en invoquant son droit à l'autonomie, Niemiec abusait de son droit afin de contrecarrer les lois sur l'immigration et d'éviter la déportation.

159. Voir *supra* note 1.

160. Dans *Rodriguez*, *op. cit.*, *supra*, note 123, à la p. 586, le juge Sopinka a écrit, «Je ne conclus pas de cela que, dans de telles circonstances, la vie comme valeur doit l'emporter sur la sécurité de la personne ou la liberté, au sens de ces valeurs en vertu de la *Charte*, mais que c'est une des valeurs à considérer en l'espèce». Et la juge McLachlin, dissidente dans cette cause, a reconnu également le principe de la liberté de l'individu : «La sécurité de la personne comporte un élément d'autonomie personnelle protégeant la dignité et la vie privée des individus à l'égard des décisions concernant leur propre corps. Le pouvoir de décider de façon autonome ce qui convient le mieux à son propre corps est un attribut de la personne et de la dignité de l'être humain» (à la p. 618).

matière médicale n'est pas irrécusable au point de vue constitutionnel. Pour sa part, Michael Wald voit les choses ainsi :

«In determining the rationality of a given restriction, it must be recognized that any given age will be arbitrary to some degree. People mature at different times so that not all 13-year-olds are the same. The difficulty of making decisions on a case-by-case basis may justify selection of some age as a cut-off point for granting specific rights. However, the courts should determine both whether any age restriction is necessary in order to achieve a legitimate state interest and whether the specific classification is reasonable in light of existing data of the capacities of children at different ages».<sup>161</sup>

- 
161. M. Wald, «Children's Rights : A Framework for Analysis», dans B. Landau, éditrice, *Children's Rights in the Practice of Family Law*, Toronto, Carswell, 1986, 3, à la p. 14. Certes dans la cause de *Irwin Toy Ltd c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, la majorité des juges du banc de la Cour suprême (les juges Dickson, Lamer et Wilson) avait décidé qu'une législation interdisant, sauf exception, une publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans constituait une limite raisonnable à la liberté d'expression. Quant à la détermination d'un âge limite, la majorité a affirmé (aux pages 989 et 990) le principe que «[l]orsque le législateur arbitre entre les revendications divergentes de différents groupes de la collectivité, il est obligé de tracer une ligne de démarcation qui est à la fois le point de départ légitime des uns et le point où les autres disparaissent, sans être en mesure de savoir exactement où cette ligne se trouve. Si le législateur a fait une évaluation raisonnable quant à la place appropriée de la ligne de démarcation, *surtout quand cette évaluation exige l'appréciation de preuves scientifiques contradictoires* et la répartition de ressources limitées, il n'appartient pas aux tribunaux de se prononcer après coup. Ce serait seulement substituer une évaluation à une autre. Quand on traite de groupes hétérogènes en soi et définis en fonction de l'âge ou d'une caractéristique analogue à l'âge, la preuve qu'une forte majorité du groupe requiert le genre de protection prévue par le gouvernement peut permettre d'établir que le groupe a été défini de façon raisonnable» (les italiques sont de nous). Par contre, le juge McIntyre (avec le concours du juge Beetz), dissident dans cette cause, était d'opinion que, «il n'a aucunement été prouvé qu'il y a danger pour les enfants. De plus, même si je pouvais parvenir à une autre conclusion, je serais d'avis par ailleurs que la restriction doit échouer sur la question de la proportionnalité. Une interdiction totale de la publicité télévisée destinée aux enfants jusqu'à un certain âge fixé arbitrairement indique qu'il n'a pas été tenté de satisfaire à l'exigence de la proportionnalité» (à la p. 1008). L'historique législatif des dispositions du *Code civil du Québec* concernant le mineur de quatorze ans et plus et le consentement aux soins nous démontre que la détermination d'un certain âge pour consentir aux actes médicaux n'était basée sur aucun critère scientifique. Abstraction faite de cette discussion sur la nature arbitraire de la désignation d'un âge quelconque, n'oublions pas que la législation en litige dans *Irwin Toy Ltd* constituait une atteinte à la liberté d'expression d'une société spécialisée

Par contre, nous ne sommes pas certains que les moyens choisis soient proportionnels à la protection recherchée. D'une part, le législateur reconnaît au mineur âgé de quatorze ans et plus une certaine capacité de requérir, ou d'accepter, les soins exigés par son état de santé. Mais du même coup, il lui enlève la possibilité de refuser ces mêmes soins : en effet, le titulaire de l'autorité parentale, ou le tribunal, peuvent autoriser les soins en lieu et place de ce mineur. On accorde de la sorte aux adolescents de quatorze ans et plus une liberté tronquée, en ce sens qu'ils peuvent accepter des soins, mais qu'ils ne peuvent les refuser seuls. L'étude des origines législatives des dispositions du *Code civil* montre bien que cette capacité artificielle a été conçue comme un moindre mal en vue de faciliter l'accès aux soins, et non comme un bouleversement des règles de la capacité.<sup>162</sup> La désignation d'un âge, par exemple pour exercer un métier,<sup>163</sup> pour se marier,<sup>164</sup> ou pour accéder à la pleine capacité,<sup>165</sup> est peut-être un exercice arbitraire.<sup>166</sup> Mais personne ne peut douter de l'opportunité de fixer certaines limites d'âge marquant la fin d'une période d'incapacité.<sup>167</sup> Peu importe l'activité poursuivie, les dispositions restreignant la capacité du mineur sont édictées en vue de contrer l'impulsivité du mineur, et de combler son manque de maturité ou de sagesse. En somme, elles cherchent à protéger le mineur contre ses faiblesses naturelles. C'est pourquoi on reconnaît au mineur le droit d'accumuler et d'administrer des biens, fruits de son travail, à partir de l'âge de quatorze ans, bien qu'on ne lui reconnaisse pas le pouvoir de tester avant l'âge de dix-huit ans. Malgré ces choix d'âge variés, il existe une présomption voulant que

---

dans la fabrication de jouets pour enfants, une atteinte justifiée par l'opportunité de protéger les enfants de la manipulation commerciale. Dans notre cas, nous critiquons la détermination d'un âge arbitraire quant au droit de consentir aux soins (et même de les refuser), car une telle détermination constituerait une atteinte à un droit fondamental de l'enfant de quatorze et plus.

162. Voir *supra* la partie traitant du mineur âgé de quatorze ans et plus et la portée de la carte.

163. Quatorze ans selon l'article 156 C.c.Q.

164. Seize ans (avec le consentement du titulaire de l'autorité parentale), article 373 alinéa 1 C.c.Q.

165. Dix-huit ans, article 153 C.c.Q.

166. É. Deleury, D. Goubau, *op. cit.*, *supra*, note 15, p. 379, n° 441 et p. 342, n° 445.

167. G. Cornu, «L'âge civil», dans *Les mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Librairies Dalloz & Sirey, 1961, t. 2, p. 9 à la p. 15.

«...l'âge légal, âge moyen d'épanouissement dans un pays donné à un moment donné, n'est pas arbitraire. Le législateur, s'éclairant par l'expérience de ce qui arrive au plus grand nombre, a déterminé un âge auquel toute personne est réputée avoir accompli sa croissance et n'avoir plus besoin de protection. Présomption légale tirée du *plerumque fit*, la capacité civile n'est que le reflet d'une capacité naturelle moyenne».<sup>168</sup>

Autant une limitation législative à la capacité du mineur pourrait être le fruit de l'expérience d'un peuple,<sup>169</sup> autant une limitation visant certains autres actes de la vie civile pourrait résulter d'une solution de facilité afin de résoudre une impasse politique. À notre avis, l'historique législatif de certaines dispositions de la *Loi sur la protection de la santé publique*<sup>170</sup> illustre nos propos à cet égard. Ainsi, à la différence d'une limitation de la capacité du mineur qui serait justifiée par l'expérience, toute limitation n'ayant pas un tel fondement rationnel serait suspecte.

Si le législateur avait voulu à tout prix protéger l'intégrité du mineur aux dépens de son autonomie, il aurait carrément décrété l'incapacité du mineur en matière de soins. Mais telle n'est pas l'essence du message, puisque ce mineur de quatorze ans est par ailleurs titulaire du droit au secret médical, même à l'encontre de ses parents. En dépit du fait qu'ils ont le droit d'être avisés dans le cas d'un hébergement de plus de douze heures,<sup>171</sup> les parents ne seront pas informés des circonstances entourant l'état de leur enfant.<sup>172</sup> Comme l'a écrit la juge McLachlin dans l'affaire *Rodriguez*,<sup>173</sup> «[u]ne restriction est arbitraire

---

168. *Ibid.*, à la p. 16.

169. *Gosselin c. P.G. du Québec*, *op. cit.*, *supra*, note 150, à la p. 1675-1676; *Protection de la jeunesse* - 436, [1990] R.J.Q. 1481 (C.Q.), à la p. 1499.

170. *Op. cit.*, *supra*, note 56.

171. Article 14 al. 2 C.c.Q.

172. Voir les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, *Le Code civil du Québec*, *op. cit.*, *supra*, note 28, à la p. 15, 16. Selon l'art. 21 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux et Codifiant diverses dispositions législatives*, L.R.Q., c. S-5.1, le titulaire de l'autorité parentale peut prendre connaissance du dossier du mineur de quatorze ans et plus à condition que le mineur ne s'objecte pas ou s'il s'objecte, que la communication du dossier ne cause ou ne soit pas susceptible de causer préjudice à sa santé. Voir également N. Girard, *op. cit.*, *supra*, note 150, à la p. 80.

173. *Op. cit.*, *supra*, note 123, à la p. 619-620.



lorsqu'elle n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif visé par la loi». La loi cherche à protéger ceux et celles qui, à cause de leur jeunesse, ne sont pas aptes à prendre une décision éclairée face à leur intégrité. Mais en raison de la capacité fort mitigée du mineur de quatorze ans face à son intégrité, nous devons conclure que les moyens adoptés par le législateur sont non seulement arbitraires et peut-être inéquitables, mais qu'ils constituent également une entrave à la liberté du mineur apte.<sup>174</sup>

## II - La Charte québécoise

La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* établit le rapport, que le législateur veut harmonieux, entre la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>175</sup> et le *Code civil du Québec* :

«Le Code civil régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.»

Cette harmonie dont fait état le législateur constitue une position de principe comparable à celle voulant, par exemple, que les lois n'entrent pas en conflit entre elles. Malheureusement, elle n'a pas pour effet magique d'éliminer toute éventuelle discordance entre le *Code* et la *Charte*. En effet cette dernière, de nature quasiconstitutionnelle,<sup>176</sup> pourrait le cas échéant permettre de faire déclarer inconstitutionnelle toute disposition du *Code* incompatible avec ses principes fondamentaux.<sup>177</sup>

---

174. Selon Hogg, *op. cit.*, *supra*, note 102, à la p. 35-28, «[...] [The] law "should impair 'as little as possible' the right or freedom in question". The idea is that the law should impair the right no more than is necessary to accomplish the desired objective, or, in other words, that the law should pursue the objective by the least drastic means.»

175. *Op. cit.*, *supra*, note 92.

176. Article 52, *Charte des droits et libertés de la personne*, *op. cit.*, *supra*, note 96. Voir également, L. Langevin, «Les rapports entre la Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : harmonie, interaction ou subordination?», (1994) (octobre) Le bulletin de la société de droit administratif du Québec (Édition spéciale, «Quand le droit administratif croise le fer avec le nouveau Code civil du Québec) 11, aux pp. 11 et 12

177. A. Mayrand, «Le recours aux précédents comme moyen d'interprétation du nouveau Code civil» dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application, Les journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 253, à la p. 256; J.-M. Brisson, «Le Code civil, droit

Alors, comme nous l'avons fait pour la *Charte* canadienne, nous devons déterminer si l'imposition du traitement et le non-respect du refus entrent en conflit avec les articles 1, 3 et 10 de la *Charte* québécoise. De plus, on doit se demander si l'article 9.1 de la *Charte* québécoise nous permet d'épargner les textes pertinents du *Code civil* se heurtant à certaines dispositions de la *Charte*.

Il est en premier lieu intéressant de constater que les tribunaux québécois ont peu tendance à s'en référer à la *Charte* en matière de traitements médicaux, et encore moins à l'appliquer.<sup>178</sup> Contrairement à la *Charte* canadienne cependant, la *Charte* québécoise n'est pas limitée à l'action gouvernementale et est d'application générale, visant toutes les matières qui sont de la compétence législative du Québec.<sup>179</sup>

Pourtant, l'exercice que nous venons d'effectuer quant à la constitutionnalité des dispositions du *Code civil* donne de semblables résultats

---

commun?», dans *Le nouveau Code civil, interprétation et application, Les journées Maximilien Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993, 294 à la p. 311.

178. Voir par exemple en matière de refus de soins par un adulte apte, *Manoir de la Pointe Bleue(1978) inc c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712 (C.S.). Par contre, dans la cause de *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.) et *Procureur général du Canada c. Hôpital Notre-Dame et Niemiec*, *op. cit.*, *supra*, note 158, la *Charte québécoise* n'est aucunement mentionnée. En ce qui concerne le refus de soins par ou pour la personne inapte, *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion*, [1983] C.S. 438, *In re Enfant Maude Goyette : Le Centre de Services Sociaux du Montréal Métropolitain*, *op. cit.*, *supra*, note 71 et *La Commission de Protection des droits de la Jeunesse c. C.T. et G.R.* *op. cit.*, *supra*, note 71, à la p. 1681 (C.S.) font mention de la *Charte*, mais ce n'est pas le cas dans les arrêts *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, *op. cit.*, *supra*, note 71 et *Protection de la jeunesse - 332*, [1988] R.J.Q. 1666 (C.S.). Enfin, dans *Cloutier c. C.H.U.L.*, [1986] R.J.Q. 615, confirmé en appel, [1990] R.J.Q. 717 (C.A.), la Cour supérieure avait décidé que l'hôpital avait rempli ses obligations découlant entre autres de la *Charte québécoise*, envers la patiente souffrant d'un état dépressif névrotique et qui s'était suicidée. On a également fait valoir la *Charte* québécoise afin de justifier le refus de permettre des prélèvements sanguins, *R. c. Beaulieu*, [1992] R.J.Q. 2959 (C.Q.), ou un examen médical, *Juteau c. C.A.S.*, [1987] R.J.Q. 1610 (C.S.).

179. *Op. cit.*, *supra*, note 92, art. 55. Bien qu'elle ne soit pas de nature constitutionnelle, la *Charte québécoise* a un statut quasi-constitutionnel ou un caractère fondamental selon A. Morel, «L'originalité de la Charte québécoise en péril» dans *Service de la formation permanente*, Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 1993, 65, à la p. 71. Voir également É. Deleury, D. Goubau, *op. cit.*, *supra*, note 15, à la p. 66, n° 67.

lorsqu'on en scrute certaines dispositions à la lumière de la *Charte* québécoise. L'imposition du traitement remet en question les droits fondamentaux que sont la sécurité, l'intégrité et la liberté de la personne,<sup>180</sup> ainsi que sa liberté de religion et de conscience.<sup>181</sup> De plus, l'imposition des soins aux mineurs aptes de quatorze ans et plus qui les refusent soulève un problème de discrimination en raison de l'âge.<sup>182</sup> Nous excluons de façon intentionnelle le droit au respect de la vie privée,<sup>183</sup> car le droit québécois n'a pas donné la même envergure à la notion de droit à l'intimité que l'ont fait les États-Unis.<sup>184</sup> Nous écartons également toute discussion de l'article 2 de la *Charte* québécoise énonçant l'obligation de porter secours à la personne dont la vie est en danger, car ce devoir légal d'agir n'impose à la personne en danger aucune obligation corrélative d'accepter le sauvetage.

La primauté de la liberté individuelle laisse peu de doute : la liberté du sujet de refuser un traitement l'emporte sur la préservation de sa vie. Cependant, la jurisprudence avait déjà affirmé le principe général que l'État doit s'occuper de préserver la vie des personnes ayant besoin d'être protégées. C'était à l'occasion de l'affaire *Goyette*,<sup>185</sup> litige visant l'opportunité de soigner l'anomalie cardiaque d'une enfant atteinte du syndrome de Down (mongolisme). Sans le traitement, auquel les parents de l'enfant s'opposaient, l'expectative de vie de l'enfant était fort réduite. En ordonnant les soins nécessaires, le juge Reeves a déclaré que «[...] si, malgré [les] soins, la vie devenait inhumaine, c'est la dignité de la personne qui doit l'emporter sur l'intérêt de l'État».<sup>186</sup> La conséquence la plus évidente de cet arrêt est que, dans des causes se rapportant à des personnes

---

180. *Ibid.*, article 1.

181. *Ibid.*, article 3.

182. *Ibid.*, article 10.

183. *Ibid.*, article 5.

184. Par exemple, *Griswold v. Connecticut*, (1965) 381 U.S. 479 où il a été décidé que le «*right of privacy*» protégeait, contre tout intrusion gouvernementale, le droit du couple marié de se servir de moyens contraceptifs; et *Roe v. Wade*, (1973) 410 U.S. 113, où fut reconnu le droit de la femme enceinte de se faire avorter. Le *Code civil du Québec* traite du respect de la réputation et de la vie privée aux articles 35 à 41, mais de façon beaucoup plus succincte que ne le fait le droit américain.

185. *Op. cit.*, *supra*, note 71, le juge P. Reeves.

186. *Ibid.*, à la p. 436.

inaptes, et en l'absence d'une nette prépondérance des risques ou des inconvénients sur les bienfaits, le droit à la vie serait préservé et affirmé.<sup>187</sup>

Le professeur André Morel souligne avec beaucoup de justesse qu'il n'y a qu'un petit nombre de dispositions substantives dans la *Charte* canadienne et la *Charte* québécoise qui puissent être considérées comme identiques, même en faisant abstraction des simples différences dans la rédaction.<sup>188</sup> Malgré tout, les tribunaux tendent à recourir à la jurisprudence de plus en plus abondante sur la *Charte* canadienne afin d'interpréter la *Charte* québécoise,<sup>189</sup> ainsi qu'à adopter une interprétation uniforme de leurs dispositions lorsqu'elles sont analogues.<sup>190</sup> Par exemple, dans *Protection de la jeunesse - 193*,<sup>191</sup> le juge Dugas a laissé entendre que l'article 24 de la *Charte* québécoise<sup>192</sup> correspond aux articles 7 et 9 de la *Charte* canadienne.<sup>193</sup> Dans la cause *Jaeger c. Procureur général du Québec*,<sup>194</sup> le juge Denis Lévesque a affirmé que les articles 1, 23, et 24 de la *Charte* québécoise sont au même effet que l'article 7 de la *Charte* canadienne.<sup>195</sup> La Cour suprême dans *Forget c. Procureur général du Québec*<sup>196</sup> a laissé entendre que l'article 10 de la *Charte* québécoise portant sur le droit à l'égalité n'était pas substantiellement différent de l'article 15 de la *Charte* canadienne, sinon que l'énumération de l'article 10 est exhaustive tandis que celle de l'article 15 n'est qu'indicative.<sup>197</sup> Dans *Devine c. Procureur général du Québec*,<sup>198</sup> on a jugé que l'article 3 de la *Charte* québécoise équivalait à l'article 2(b) de la

---

187. Dans la cause *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, *op. cit.*, *supra*, note 71, où la balance des inconvénients démontrait la futilité de poursuivre des traitements de chimiothérapie douloureux et offrant très peu de chances de succès, la Cour d'appel avait confirmé le refus de soins opposé par la mère et la grand-mère de l'enfant.

188. A. Morel, «La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction», (1986) 17 R.D.U.S. 49, à la p. 76.

189. *Ibid.*, à la p. 80.

190. A. Morel, *loc. cit.*, *supra*, note 179, à la p. 72.

191. [1986] R.J.Q. 736.

192. «Nul ne peut être privé de sa liberté ou de ses droits, sauf pour les motifs prévus par la loi et suivant la procédure prescrite.»

193. *Op. cit.*, *supra*, note 191, à la p. 739.

194. [1990] R.J.Q. 1687.

195. *Ibid.*, à la p. 1693.

196. [1988] 2 R.C.S. 90.

197. A. Morel, *loc. cit.*, *supra*, note 179, à la p. 76.

198. [1988] 2 R.C.S. 790, à la p. 814.

*Charte* canadienne. De façon encore plus frappante, et faisant fi des différences entre les deux textes, la Cour suprême a décidé que l'article 9.1 de la *Charte* québécoise correspondait à l'article 1 de la *Charte* canadienne.<sup>199</sup>

Dans cette foulée, nos conclusions sur la pertinence des articles 2(b) et 7 de la *Charte* canadienne sont les mêmes à propos des articles 1, 3, et 24 de la *Charte* québécoise, sous réserve de son article 9.1. Quant à l'article 10 de la *Charte* québécoise,<sup>200</sup> il se distingue de l'article 15 de la *Charte* canadienne en raison de sa rédaction particulière : le législateur y prévoit une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge *sauf* dans la mesure prévue par la loi. Or, dans le cas qui nous occupe, le *Code civil* a expressément formulé une distinction fondée sur l'âge, ce que la *Charte* autorise bel et bien.

Les critères de l'article 9.1 de la *Charte* québécoise s'appliquent de la même façon que ceux de l'article 1 de la *Charte* canadienne,<sup>201</sup> d'après la jurisprudence. La Cour suprême a affirmé que le premier alinéa de l'article 9.1 se rapporte à la façon dont la personne doit exercer ses droits et libertés. En d'autres mots, cet article suggère une manière d'interpréter l'étendue des droits fondamentaux. Le deuxième alinéa reconnaît cependant à l'Assemblée Nationale le pouvoir de limiter, ou d'aménager, l'exercice de certains droits ou libertés, mais toujours dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. Le contrôle des tribunaux sur la validité de la législation, implicitement reconnu à l'article 9.1, va au-delà d'une appréciation judiciaire de la finalité de cette législation. L'article 9.1 exige davantage : il faut que toute restriction d'un droit fondamental ou d'une liberté «[...] ait un lien rationnel avec l'objet législatif et que les moyens employés par le législateur soient proportionnés au but visé».<sup>202</sup>

---

199. *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 770.

200. Voir généralement P. Blache, «Les méandres du concept d'égalité et la *Charte* québécoise des droits et libertés de la personne», (1986) 17 R.D.U.S. 85.

201. *Ford c. Procureur général du Québec*, *op. cit.*, *supra*, note 199; *Devine c. Procureur général du Québec*, *op. cit.*, *supra*, note 198; *Irwin Toy Ltd c. Procureur général du Québec*, *op. cit.*, *supra*, note 161, à la p. 980; voir également *Dufour c. C.H. St-Joseph-de-la-Malbaie*, [1992] R.J.Q. 825, à la p. 841 (T.D.P.Q.).

202. *Ford c. Procureur général du Québec*, *ibid.*, à la p. 771.

En utilisant les critères énoncés par la Cour suprême dans son analyse des articles 1 de la *Charte* canadienne et 9.1 de la *Charte* québécoise,<sup>203</sup> il ne serait pas déraisonnable de conclure que l'imposition de soins à une personne apte, pour des raisons autres que des raisons de santé publique,<sup>204</sup> et dans les cas où le refus de soins ne compromet pas les droits d'autres membres de la société, constitue une violation du droit à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de la personne ainsi qu'une atteinte à la liberté de conscience et, le cas échéant, de religion. De plus, ces atteintes ne sauraient être justifiées par l'article 9.1 de la *Charte*. On pourrait aussi faire état du droit contre la discrimination fondée sur l'âge. Somme toute, les dispositions pertinentes du *Code civil* seraient vulnérables à une contestation au nom de certains droits et libertés reconnus par les *Chartes*.<sup>205</sup>

## Conclusion

Que le majeur puisse, à l'avance, émettre des directives concernant son inviolabilité et son intégrité ne fait plus de doute. Que le nouveau *Code civil* ait mis à la disposition de ce majeur des mécanismes assurant le respect de sa volonté en cas d'incapacité ne fait aucun doute non plus. Et toute décision prise par la personne devant consentir aux soins pour la personne devenue inapte devra l'être dans le seul intérêt de cette dernière,<sup>206</sup> à la lumière d'une norme objective : le représentant ou le «proche» de l'inapte devra prendre la décision que prendrait une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Le processus du consentement pour autrui, tout en se fondant sur le critère du meilleur intérêt de la personne inapte, permet que la décision tienne compte des volontés que cette dernière, pour qui on consent ou pour qui on refuse, a pu manifester déjà. Cette manifestation de volonté pourrait venir d'une opinion exprimée à travers une conversation, ou encore par un vécu indiquant une certaine philosophie personnelle, ou enfin par toute indication susceptible d'éclairer une décision respectueuse de la personne pour qui on agit. Dans le cas

---

203. Voir F. Chevette, «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne : le dit et le non-dit», (1987) 21 R.J.T. 461, à la p. 485.

204. Par exemple le traitement obligatoire de certaines maladies contagieuses : voir la *Loi sur la protection de la santé publique*, *op. cit.*, *supra*, note 44, arts 10-13.

205. N. Girard, *op. cit.*, *supra*, note 150, à la p. 67.

206. Article 12 C.c.Q.

où cette personne a déjà manifesté une volonté ferme quant à un aspect de son traitement, le représentant ou le «proche» n'a pas même à se demander quelle décision prendre dans l'intérêt du patient, car l'intérêt de ce dernier a déjà été clairement indiqué par nul autre que lui-même.

Ainsi, nous croyons que l'article 15 C.c.Q. n'est pas une disposition ayant pour effet d'exclure toute autre façon de manifester une volonté, mais plutôt un moyen de garantir le plus possible que la volonté du patient, dans la mesure où elle est connue, sera respectée.

C'est pourquoi nous préconisons la validité de la carte de refus de transfusion, laquelle est précisément destinée à faire part aux personnel médical de la volonté d'un individu Témoin de Jéhovah en prévision du cas où il ne serait pas en mesure de réitérer cette volonté en raison de son état.

Le *Code civil*, nonobstant l'apparence d'une tendance à accroître la capacité du mineur âgé de quatorze ans et plus, du moins quant au consentement aux soins requis par son état de santé, semble ne vouloir respecter sa volonté que si elle vise le maintien de sa santé physique. Le refus jugé médicalement inopportun pourrait donc être anéanti soit par les parents, soit par le tribunal.<sup>207</sup> Pour les enfants âgés de treize ans et moins, le *Code civil* est encore plus catégorique : seuls les titulaires de l'autorité parentale ou le tuteur peuvent consentir aux soins, et advenant le refus injustifié de ces derniers, le tribunal autorisera les soins. Comme le juge Rutledge de la Cour suprême américaine l'a écrit :

«Parents may be free to become martyrs themselves. But it does not follow they are free, in identical circumstances, to make martyrs of their children before they have reached the age of full and legal discretion when they can make that choice for themselves.»<sup>208</sup>

Mais lorsqu'on examine certaines dispositions du *Code civil* concernant les mineurs et le consentement aux soins à la lumière des *Chartes* canadienne et québécoise, nous nous interrogeons sur leur validité. À certains égards, les

---

207. Article 16 al. 2 C.c.Q.

208. *Prince v. Commonwealth of Massachusetts*, (1944) 64 S. Ct. 438, à la p. 444.

exigences du *Code civil* peuvent porter atteinte à la liberté de conscience et de religion, ainsi qu'à la liberté et à la sécurité de la personne. Il y a également une discrimination fondée sur l'âge dans la distinction arbitraire entre les plus de quatorze ans et les moins de quatorze ans, et peut-être même dans la restriction de la liberté décisionnelle lorsque la personne n'est pas âgée de dix-huit ans.<sup>209</sup> Cependant, la question de la justification de ces atteintes aux droits et libertés protégés par les *Chartes* reste à déterminer ou à préciser par la jurisprudence. Certes, certains tribunaux de *common law* canadiens ont déjà prôné le droit du mineur disposant d'une certaine maturité de refuser des soins, mais il s'agissait d'enfants très malades pour qui le pronostic était plutôt sombre. On peut se demander si la décision *Malette v. Shulman*<sup>210</sup> aurait été la même si elle avait mis en cause un Témoin de Jéhovah de quinze ans, ayant au préalable signé la carte de refus de transfusions. En toute logique la réponse serait oui, mais nous demeurons sceptiques : nous croyons que ces mêmes tribunaux auraient dans ce cas tendance à faire du «*distinguishing*». Donc, la force persuasive de ces arrêts de *common law* canadien est en quelque sorte tempérée par les tristes circonstances de chacun d'eux, circonstances mettant en jeu des enfants dont la survie était de toute façon peu probable.

Nous avons conclu que les dispositions du *Code civil* faisant l'objet de notre étude pourraient ne pas résister à un examen à la lumière des articles 1 de la *Charte* canadienne et 9.1 de la *Charte* québécoise, car nos *Chartes* ont d'abord et avant tout pour but de sauvegarder la dignité de la personne.<sup>211</sup> Si la personne apte, quel que soit son âge, par une volonté exprimée clairement et librement, en parfaite connaissance des conséquences potentiellement néfastes d'un refus de soins, demeure ferme dans ses convictions philosophiques ou religieuses et persiste dans son refus, le respect de sa dignité exige que sa volonté soit respectée.

---

209. Article 153 C.c.Q.

210. *Op. cit.*, *supra*, note 8.

211. Voir *In re Goyette*, *op. cit.*, *supra*, note 71, à la p. 434.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'IMPOSITION DU TICKET MODÉRATEUR DANS LE SYSTÈME DE SANTÉ DES PROVINCES : QUI DÉCIDE? LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL OU LE GOUVERNEMENT PROVINCIAL?

**Auteur(s) :** Jacques MAZIADE

**Revue :** RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 1

**Pages :** 131-195

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12859>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12859>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## **L'IMPOSITION DU TICKET MODÉRATEUR DANS LE SYSTÈME DE SANTÉ DES PROVINCES : QUI DÉCIDE? LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL OU LE GOUVERNEMENT PROVINCIAL?**

par Jacques MAZIADÉ\*

*L'imposition du ticket modérateur dans le régime de soins de santé d'une province soulève un litige entre les deux ordres de gouvernement. Si une province veut l'instaurer, le gouvernement fédéral peut s'y opposer par l'intermédiaire de la Loi canadienne sur la santé (L.R.C. (1985), c. C-6). Cette dernière permet au fédéral de réduire sa subvention au système de santé provincial, lorsque celui-ci est grevé d'un ticket modérateur.*

*Le présent essai tente de jeter un peu de lumière sur l'aspect constitutionnel de cette problématique. Pour y arriver, l'auteur procède en deux étapes. Dans un premier temps, il identifie, sur le plan théorique, le palier de gouvernement qui détient la compétence sur le ticket modérateur. À ce sujet, l'auteur conclut que les provinces ont le pouvoir exclusif de légiférer à cet égard. Dans un deuxième temps, suite à ce constat, l'auteur s'interroge sur la validité constitutionnelle de l'intervention législative fédérale touchant le ticket modérateur. Pour bien cerner cette partie de l'étude, l'analyse s'oriente dans deux directions. La Loi canadienne sur la santé est d'abord évaluée en regard du partage des compétences constitutionnelles. Par la suite, elle est examinée sous l'angle du pouvoir fédéral de dépenser étant donné qu'elle en est issue.*

---

1. Avocat.

*Introducing user charges into a province's health insurance plan gives rise to contention between the two levels of government. The Canada Health Act (R.S.C. (1985), c. C-6) enables the federal government to oppose a province's introduction of these charges. The Act allows the federal government to reduce its funding to the health insurance plan of a province that imposes user charges.*

*This paper attempts to shed some light on the constitutional aspects of the issue. The author proceeds in two stages. The first stage consists of identifying the level of government that theoretically, has competence over user charges. The writer concludes that the provinces have exclusive powers in this regard. This finding leads to the second stage, in which the writer questions the constitutional validity of the federal legislative intervention in the matter of user charges. In order to define the question clearly, a two-pronged analysis is conducted. The Canada Health Act is first evaluated in the light of the division of constitutional powers. The Act is then examined in the light of the federal spending power, from which it derives.*

(1995) 26 R.D.U.S.	<i>L'imposition du ticket modérateur dans le système de santé des provinces : qui décide? Le gouvernement fédéral ou le gouvernement provincial?</i>	133
--------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	135
<b>I. La compétence constitutionnelle de principe sur une question comme le ticket modérateur</b>	137
A. Définition du ticket modérateur : concept attribut de l'assurance-maladie	138
B. La <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> et l'assurance-maladie	140
a) L'assurance-maladie : une matière provinciale	141
C. État actuel du droit	145
<b>II. La validité constitutionnelle de l'intervention législative fédérale concernant le ticket modérateur</b>	149
A. L'origine de la <i>Loi canadienne sur la santé</i> (L.R.C. (1985), c. C-6)	149
a) Aspect politique de la santé	149
1. Le rapport de la Commission Tremblay (1956)	150
2. Le rapport de la Commission Hall (1964)	153
3. Le rapport de la Commission Castonguay-Nepveu (1967)	156
4. La législation actuelle	157
B. Analyse de la validité constitutionnelle de la <i>Loi canadienne sur la santé</i>	159
C. Pouvoir fédéral de dépenser	172
a) État actuel du droit	174
b) Application des principes jurisprudentiels à la <i>Loi canadienne sur la santé</i>	189
<b>CONCLUSION</b>	191



## INTRODUCTION<sup>2</sup>

En 1988, les travaux de la Commission Rochon<sup>1</sup> «confirment que le Québec possède un des meilleurs systèmes de services de santé et de services sociaux».<sup>2</sup> Bien qu'il fasse l'envie de plusieurs pays à travers le monde, notre régime de soins de santé n'est pas parfait. Sa principale lacune réside dans l'ampleur des ressources financières publiques qui y sont consacrées. Par exemple, en 1993-1994, près de 25% du budget du gouvernement du Québec est affecté à la santé.<sup>3</sup> Cet élément pécuniaire, qui se double d'une situation économique amorphe, forcent nos dirigeants politiques à mettre de l'avant des stratégies de contrôle des coûts, avant que la viabilité du système de santé lui-même ne soit mise en péril. Pour ce faire, diverses hypothèses sont envisagées. Parmi celles-ci, nous retrouvons l'imposition d'un ticket modérateur aux usagers du système d'assurance-maladie. Le gouvernement provincial considère le ticket modérateur comme un moyen efficace de préserver les acquis que se sont donnés les Québécoises et les Québécois en matière de soins de santé.<sup>4</sup> Mais il

- 
2. L'auteur tient à remercier Maître Henri Brun LL.D. pour la direction du présent travail et ses précieux conseils.
  1. La Commission d'enquête sur la santé et les services sociaux est appelée Commission Rochon du nom de son président le Docteur Jean Rochon. Cette Commission fut créée par le gouvernement du Québec le 18 juin 1985, en vertu du décret 1156-85, et modifiée, par la suite, par les décrets 57-86 et 1476-87, qui ont été adoptés respectivement le 29 janvier 1986 et le 23 septembre 1987. Le mandat de la Commission se résume comme suit : «a) Évaluer le fonctionnement et le financement du système des services de santé et des services sociaux en regard de ses objectifs [...]. b) Étudier les diverses solutions possibles aux différents problèmes que connaît le système des services de santé et des services sociaux. c) Faire au Gouvernement les recommandations qui lui semblent les plus appropriées pour assurer le maintien et le développement des services de santé et des services sociaux.» Pour plus de détail sur le mandat de la commission, voir COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES SERVICES DE SANTÉ ET LES SERVICES SOCIAUX, *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*, Québec, Publications du Québec, 1988, pp. 706-710.
  2. *Id.*, p. XI.
  3. Conseil du trésor, *Budget 1993-1994, crédits pour l'année financière se terminant le 31 mars 1994*, Québec, Gouvernement du Québec, 1993, p. XI.
  4. À titre d'exemple, dans le journal «La Presse» du vendredi 14 mars 1993, à la page B-1, on écrit : «Pour le ministre Côté [ministre de la santé et de services sociaux du Québec], c'est précisément de tel frais [ticket modérateur] qui permettront de "sauver des grands pans de murs du régime actuel". Québec devra, selon lui, aller plus loin dans cette direction, "pas pour balancer des chiffres mais pour sauver un système qui, en réalité n'est pas gratuit",

y a un problème! Il semble que la décision de l'implanter dans le système d'assurance-maladie ne relève pas uniquement du gouvernement provincial.

Une province désireuse d'introduire un ticket modérateur dans son régime d'assurance-maladie risque de voir le gouvernement d'Ottawa entraver sa démarche.<sup>5</sup> L'opposition du fédéral prend la forme de représailles financières à l'endroit de la province qui utilise le ticket modérateur. Il faut savoir que le gouvernement canadien, par l'intermédiaire de son pouvoir de dépenser, subventionne les systèmes de services de santé des provinces. Ces subventions sont cependant conditionnelles au respect des règles édictées à la *Loi canadienne sur la santé*.<sup>6</sup> Parmi celles-ci, il est expressément prévu qu'un système provincial d'assurance-santé ne doit être grevé «d'aucuns frais modérateurs».<sup>7</sup> Le non-respect de cette condition peut entraîner une réduction de l'aide financière fédérale. C'est donc en brandissant la menace d'une coupure de la subvention à leur régime de soins de santé, que le gouvernement fédéral convainc les provinces de ne pas imposer le ticket modérateur.

C'est en prenant connaissance de cette situation entourant le ticket modérateur que plusieurs interrogations à caractère constitutionnel ont germé dans notre esprit. Parmi celles-ci, nous avons retenu quatre questions qui nous permettent de délimiter notre sujet d'étude tout en l'approfondissant. Les questions qui ont particulièrement attiré notre attention sont les suivantes : quel palier de gouvernement a la capacité constitutionnelle de prendre une décision à l'égard de l'imposition d'un ticket modérateur aux usagers du régime d'assurance-maladie; l'implantation d'un ticket modérateur dans le système provincial d'assurance-maladie peut-elle être réglementée par une loi fédérale; la *Loi canadienne sur la santé*, étant donné ses dispositions touchant l'assurance-maladie et notamment le ticket modérateur, est-elle *intra vires* des pouvoirs

---

d'expliquer M. Côté.» Voir également dans le journal «Le Soleil» du vendredi 14 mai 1993 à la page A-5.

5. Le Parti libéral du Canada, élu en 1993, écrit, dans son programme électoral intitulé «Pour la création d'emplois. Pour la relance économique. Le plan d'action libéral pour le Canada», à la page 74 : «Un gouvernement libéral s'opposera fermement aux tickets modérateurs ou à toute formule qui démantèle notre système de santé.»
6. L.R.C. (1985), c. C-6 (Pour la suite du travail, nous la citerons sous son nom, *Loi canadienne sur la santé*, sans constamment répéter la référence).
7. *Id.*, art. 19.



législatifs du Parlement fédéral; l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser, pour empêcher le recours au ticket modérateur, est-elle conforme aux principes actuels du droit constitutionnel?

C'est dans le but de jeter un peu de lumière sur ce questionnement que nous nous proposons de rédiger le présent essai. Pour y parvenir, nous avons décidé de procéder en deux étapes. Dans un premier temps, nous allons identifier, sur le plan théorique, l'ordre de gouvernement à qui la Constitution attribue la compétence sur le ticket modérateur. Cette recherche est indispensable dans la mesure où les deux paliers de gouvernement risquent de légiférer sur le même sujet. En pratique, nous l'avons vu plus haut, le fédéral intervient déjà à propos du ticket modérateur, et le gouvernement du Québec désire faire de même. Ce premier chapitre nous permettra de connaître le législateur ayant l'autorité constitutionnelle d'agir dans ce domaine de compétence. À ce sujet, notre recherche nous amène à conclure que les législatures provinciales ont le pouvoir exclusif de légiférer à l'égard du ticket modérateur. Ce constat ouvre donc la voie à la deuxième partie du travail.

Étant donné cette compétence provinciale exclusive sur le ticket modérateur, il y a tout lieu de s'interroger sur la validité constitutionnelle de l'intervention législative fédérale sur le sujet. En vertu de la *Loi canadienne sur la santé*, le Parlement d'Ottawa réglemente le ticket modérateur. Il nous faut donc examiner la légalité de cette réglementation fédérale. Pour bien cerner cet aspect de l'étude, notre analyse s'oriente dans deux directions. Nous allons d'abord évaluer la légalité de cette loi eu égard à sa conformité au partage des compétences législatives. Par la suite, la *Loi canadienne sur la santé* étant issue du pouvoir fédéral de dépenser, c'est sous l'angle de cette notion que nous l'étudierons.

## **I. La compétence constitutionnelle de principe sur une question comme le ticket modérateur**

L'objectif de cette première partie du travail est de déterminer, sur le plan théorique, à quel ordre de gouvernement appartient la compétence constitutionnelle sur le ticket modérateur. Pour y arriver, nous allons d'abord définir l'expression «ticket modérateur». De cette façon, il aura, dans la mesure du possible, une signification sans équivoque. Nous pourrons ainsi éviter tout

imbroglio. Par la suite, nous procéderons à une étude de l'évolution jurisprudentielle concernant cette matière constitutionnelle.

#### **A. Définition du ticket modérateur : concept attribut de l'assurance-maladie**

Avant d'aborder la définition du ticket modérateur, nous apportons une précision quant au terme lui-même. «Ticket modérateur» n'est pas la seule désignation donnée à ce concept. On utilise également l'expression «frais modérateurs». Mais qu'importe, la réalité cachée derrière ces deux termes est la même. Dans le présent travail, nous utiliserons uniquement l'appellation «ticket modérateur».

En ce qui a trait à sa définition, nous nous sommes référé à plusieurs sources. D'abord, le dictionnaire **le Petit Robert 1** nous indique qu'il est une «quote-part de frais laissée à la charge du malade, dans les Sociétés de secours mutuel, la Sécurité sociale». <sup>8</sup> Pour sa part, la Commission Castonguay-Nepveu le définit, dans son rapport, comme «une quote-part du coût des soins ou services laissée à la charge du malade». <sup>9</sup> Quant au législateur fédéral, le ticket modérateur correspond aux «frais d'un service de santé assuré autorisés ou permis par un régime provincial d'assurance-santé mais non-payables, soit directement soit indirectement, au titre d'un régime provincial d'assurance-santé, [...]». <sup>10</sup>

À première vue, ces définitions se recoupent entre elles. Notre analyse de celles-ci permet d'y déceler, en filigrane, que deux éléments sont communs aux trois définitions. Elles mentionnent toutes que, premièrement, l'utilisateur d'un service de santé doit apporter lui-même une contribution financière pour les

---

8. Le Petit Robert 1, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, par Paul Robert, société du nouveau litté, 1979, p. 1963.

9. COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SANTÉ ET LE BIEN-ÊTRE SOCIAL, *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social, L'assurance-maladie, volume 1*, Québec, gouvernement du Québec, 1967, p. 64, (Cette Commission est connue sous le nom de Commission Castonguay-Nepveu du nom de son président Monsieur Claude Castonguay et de son secrétaire Monsieur Gérard Nepveu).

10. *Loi canadienne sur la santé*, précitée, note 6, art. 2.

soins qui lui sont prodigués et, deuxièmement, que le service de santé ainsi utilisé doit être couvert par le régime étatique d'assurance-santé. Le ticket modérateur peut donc se définir, dans le cas qui nous concerne, comme étant le coût fixe que le malade doit payer lorsqu'il utilise un service de soins de santé fourni par le système provincial d'assurance-maladie.

Il est évident que la contribution financière de la personne malade est une composante essentielle du ticket modérateur. Cependant, le fait que le service de santé utilisé doit absolument en être un défrayé par l'assurance-maladie nous amène à établir un constat nécessaire à la poursuite du travail.

Nous prenons conscience que le ticket modérateur, pris isolément, n'a pas de portée réelle. Il a une signification, dans le cadre du présent essai, pour autant que nous l'analysions dans le contexte de l'assurance-maladie. Il prend toute sa valeur dans la mesure où il devient une composante du régime étatique de services de santé. Il est en quelque sorte un outil de gestion permettant soit la réduction de la consommation des soins de santé, soit l'apport de revenus supplémentaires pour l'État. Nous reviendrons plus loin sur cet aspect. Le ticket modérateur n'est ni plus ni moins qu'un accessoire du régime d'assurance-maladie.

Dans ces circonstances, nous croyons que le ticket modérateur ne peut pas être considéré comme un sujet autonome susceptible de se retrouver dans le partage des compétences constitutionnelles. Il est plutôt un élément nécessaire au plein exercice de la juridiction sur l'assurance-maladie. En conséquence, le gouvernement possédant la compétence sur l'assurance-maladie s'accapare du même coup l'autorité constitutionnelle de pouvoir utiliser le ticket modérateur.

Suivant ces observations, l'objectif du présent chapitre se trouve quelque peu modifié. Il ne s'agit plus de rechercher le détenteur de la compétence sur le ticket modérateur, mais plutôt celui de la compétence sur l'assurance-maladie. De cette façon, nous aurons réponse à notre interrogation principale car ce dernier sera investi, selon nous, du pouvoir légal de faire usage du ticket modérateur.

Il nous faut enfin ajouter un commentaire sur les objectifs poursuivis par l'imposition du ticket modérateur. Comme nous l'avons dit plus haut et comme

son nom l'indique, il peut servir à modérer l'utilisation des services publics de soins de santé. Il peut également avoir pour effet de procurer au gouvernement provincial une nouvelle source de revenu pouvant servir, par exemple, à financer le système d'assurance-maladie lui-même. À notre avis, les politiciens tenteront d'accoler au ticket modérateur l'un de ces objectifs qui semble le plus acceptable pour la population. Nous croyons cependant que la rhétorique importe peu pour faire jouer à ce concept le rôle désiré. Selon nous, seuls les résultats de son application permettront de préciser ses effets. De toute façon, pour les fins du présent travail, il importe peu de savoir laquelle de ces deux fins est recherchée. Dans les deux cas, le mécanisme est le même.

## **B. La Loi constitutionnelle de 1867<sup>11</sup> et l'assurance-maladie**

Pour connaître le palier de gouvernement qui détient le pouvoir de légiférer sur l'assurance-maladie, nous devons inévitablement recourir au texte fondamental qu'est la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, nulle part dans le partage des compétences on retrouve l'assurance-maladie. Ceci s'explique par le contexte de l'époque.

À la naissance de la fédération canadienne, l'assurance-maladie n'existe tout simplement pas. Les interventions étatiques dans le domaine de la santé sont inexistantes, sinon très limitées. Les personnes malades ont recours aux soins de leur famille et des communautés religieuses.<sup>12</sup> Dans ce contexte, il n'est pas surprenant de constater que la Constitution, dans le partage des pouvoirs, ne fasse pas expressément mention de l'assurance-maladie. Nonobstant ce constat, les principes d'exhaustivité de la distribution des pouvoirs<sup>13</sup> et d'interprétation

---

11. 30 & 31 Vict., R.-U., c.3, (Pour la suite du travail, nous la citerons sous son nom, *Loi constitutionnelle de 1867*, sans constamment répéter la référence).

12. À ce sujet, voir Andrée LAJOIE et Patrick A. MOLINARI, «Partage constitutionnel des compétences en matière de santé au Canada», (1978) 56 *R. du B. can.* 579 et COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, *Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces, volume 2, Recommandations*, Ottawa, 1940, p.15.

13. À ce sujet, Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2ième édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, nous disent, à la page 404 : «La règle de l'exhaustivité signifie que c'est l'ensemble des compétences législatives qui fut partagé par la *Loi constitutionnelle de 1867* entre le fédéral et les provinces. En principe, toute matière

dynamique et évolutive de la Constitution,<sup>14</sup> nous enseignent que la notion d'assurance-maladie se trouve implicitement inscrite quelque part dans le partage des compétences constitutionnelles. Ce sont donc les tribunaux qui ont eu à déterminer l'endroit où s'insère l'assurance-maladie dans la distribution des pouvoirs législatifs.

**a) L'assurance-maladie : une matière provinciale**

C'est dans les années 1920 et 1930 que le gouvernement fédéral commence à s'intéresser au concept d'assurance-maladie. En 1935, il entreprend une démarche importante en vue d'établir les bases d'un système public de ce genre.<sup>15</sup> Cette initiative du fédéral prend la forme d'une législation portant le nom de *Loi sur le placement et les assurances sociales*.<sup>16</sup> Étant incertain de sa validité constitutionnelle, le Gouvernement canadien soumet cette loi au contrôle de la Cour suprême du Canada.

En 1936, la Cour suprême,<sup>17</sup> qui constitue à ce moment-là le plus haut tribunal en territoire canadien mais non pas celui de dernière instance, déclare majoritairement<sup>18</sup> la *Loi sur les assurances sociales ultra vires* des pouvoirs fédéraux.<sup>19</sup> Ce jugement est porté devant le Comité judiciaire du Conseil privé

- 
- peut être régie par l'un ou l'autre des ordres de gouvernement.»
14. *Id.*, p. 206 où les professeurs Brun et Tremblay nous disent à ce sujet : «[...] il importe peu qu'une situation n'ait pas été envisagée par le législateur constituant, notamment en 1867 et en 1982. La Constitution est capable de s'adapter à l'évolution de la société».
15. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES SERVICES DE SANTÉ, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les services de santé, volume 1*, Ottawa, 1964, pp. 400-401.
16. 25-26 George V, chapitre 38, Statuts du Canada 1935. (Pour la suite du travail, nous la citerons sous le nom de *Loi sur les assurances sociales*, sans constamment répéter la référence).
17. *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of Canada*, 1935, [1936] R.C.S. 427.
18. 4 contre 2.
19. La question à laquelle la Cour suprême du Canada devait répondre est la suivante : «Is the *Employment and Social Insurance Act*, or any of the provisions thereof and in what particular or particulars or to what extent, *ultra vires* of the Parliament of Canada?», voir *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of*

qui confirme la décision du tribunal canadien.<sup>20</sup> Regardons de plus près l'importance de ces décisions sur le sujet qui nous occupe.

La *Loi sur les assurances sociales* est avant tout une législation mettant de l'avant un régime national d'assurance-chômage à contribution obligatoire des employeurs, des employé(e)s et du gouvernement fédéral. Dans le préambule de la loi, le Parlement d'Ottawa considère «qu'il est essentiel pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, de procurer un service national de placement et d'assurance contre le chômage, et d'autres formes d'assurances sociales [...]».<sup>21</sup> Parmi ces autres formes d'assurances sociales, c'est celle de la partie 4 qui nous intéresse davantage. Sous la rubrique «santé nationale», le fédéral mandate la Commission de placement et d'assurances sociales, elle-même une création de la loi, de jeter les bases d'un système public de soins de santé.<sup>22</sup> Les intentions du gouvernement fédéral de mettre sur pied un régime d'assurance-maladie sont claires. Mais la constitutionnalité de la loi l'est moins. Regardons de quelle manière la Cour suprême et, par la suite, le Comité judiciaire du Conseil privé analysent l'initiative fédérale dans ce domaine.

La majorité de la Cour suprême nous dit que la *Loi sur les assurances sociales* affecte des sujets comme le chômage, le service d'emploi et la santé, et que ceux-ci sont de compétence provinciale.<sup>23</sup> En prenant cette position, le

---

*Canada*, précité, note 17, 429.

20. *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 355.

21. *Loi sur les assurances sociales*, précitée, note 16, préambule.

22. *Id.*, art. 40. Le rôle de la Commission est précisément défini à l'article 40 de la loi qui se lit comme suit : «La Commission est tenue : a) de recueillir des rapports, publications, renseignements et données concernant tout projet ou plan, qu'il soit un projet ou plan d'État, de collectivité ou un autre projet ou plan visant tout groupe ou toute catégorie de personnes, un projet ou plan en opération ou projeté, au Canada ou ailleurs, destiné à fournir, sur une base collective ou coopérative, par voie d'assurance ou autrement, (i) des soins médicaux, dentaires et chirurgicaux, y compris les médicaments, les produits pharmaceutiques, les accessoires ou l'hospitalisation, [...]»

23. *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of Canada*, précité, note 17, 452.

tribunal entérine le courant jurisprudentiel de l'époque à l'effet que la santé est une matière essentiellement provinciale.<sup>24</sup> À ce propos, la Cour mentionne :

«It being well understood and, in fact, conceded that these are subject-matters falling within the legislative authority of the provinces, [...]»<sup>25</sup>

L'analyse de la Cour ne s'arrête pas ici. En ce qui concerne précisément l'assurance-maladie, le tribunal complète son raisonnement en amenant un autre élément. La Cour semble nous dire que la détermination du titulaire de la compétence sur l'assurance-maladie s'articule autour des notions de santé et d'assurance. Nous en prenons pour preuve ce passage du jugement qui se lit comme suit :

«Insurance of all sorts, including insurance against unemployment and *health insurances*, have always been recognized as being exclusively provincial matters under the head “Property and Civil Rights”, or under the head “Matters of a merely local or private nature in the Province”.»<sup>26</sup> (Nos italiques)

Cette position de la Cour suprême est lourde de conséquence. La Cour statue que le pouvoir sur les assurances, conféré par les paragraphes 92(13) et (16), donne aux provinces la compétence exclusive sur l'assurance-maladie. Ce qui signifie que la porte est désormais fermée à toute tentative fédérale d'implanter un système national d'assurance-santé. Hormis cette conclusion, la citation du tribunal mérite des éclaircissements.

Comment devons-nous interpréter l'affirmation de la Cour voulant que «insurance of all sorts, [...], have always been recognized as being exclusively

---

24. Pour avoir un exposé complet sur le partage des compétences dans le domaine de la santé, voir A. LAJOIE et P. A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 12, 579; voir aussi Andrée LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et J.M. AUBY, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1981, pp. 36-44.

25. *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of Canada*, précité, note 17, 454.

26. *Id.*, 451.

provincial matters». Est-ce à dire que l'objet qui est assuré (Exemples : la santé dans l'assurance-maladie, le chômage dans l'assurance-chômage, etc.) n'importe pas dans la recherche de l'identité du détenteur d'une compétence constitutionnelle. N'importe quel genre d'assurance est-il nécessairement de compétence provinciale? Qu'arrive-t-il si le sujet qui accompagne l'assurance est de compétence fédérale? À notre avis, la réponse à cette interrogation se trouve dans un principe de base du droit constitutionnel.

En recherchant le caractère véritable de la loi, on est en mesure de déterminer sur quel sujet elle porte essentiellement. Ainsi, le sujet prédominant indique, selon nous, de quel ordre de gouvernement doit relever cette loi. Nous croyons que c'est de cette manière que la Cour a résolu le problème de l'assurance-maladie. À cet effet, dans son analyse du caractère véritable de la *Loi sur les assurances sociales*, la Cour suprême établit, de manière implicite, qu'autant la santé que l'assurance sont de nature à mettre cette loi sous la juridiction des provinces. À ce sujet, le tribunal nous dit :

«In the premises, the Act submitted to the Court is not a mere encroachment on the provincial fields through the exercise of powers allegedly ancillary or incidental to one of the enumerated powers of section 91; *in pith and substance, it is a direct and unwarranted appropriation of the powers attributed to the legislatures by force of Section 92 of the Constitution.*»<sup>27</sup> (Nos italiques)

Le fédéral ne peut donc d'aucune façon justifier sa loi en vertu de ses prérogatives législatives. La Constitution ne lui permet nullement de légiférer dans ce domaine. Nous comprenons que les provinces sont, permettez-nous l'expression, doublement titulaires de l'assurance-maladie. Doublement parce qu'elles sont à la fois détentrices de la compétence législative sur la santé et sur les assurances. Ainsi, la *Loi sur les assurances sociales* est déclarée, par la Cour suprême, *ultra vires* des pouvoirs du gouvernement fédéral. En appel, le Comité judiciaire du Conseil privé se dit du même avis. Les conseillers de la couronne mentionnent que :

---

27. *Id.*, 455.



«In the present case, their Lordships agree with the majority of the Supreme Court in holding that in pith and substance this Act is an insurance Act affecting the civil rights of employers and employed in each Province, and as such is invalid. *The other parts of the Act are so inextricably mixed up with the insurance provisions [...] that it is impossible to sever them. [...] It follows that the whole Act must be pronounced ultra vires, [...]*»<sup>28</sup> (Nos italiques)

En accord avec la Cour suprême du Canada, le Comité judiciaire du Conseil privé en vient à la conclusion qu'il s'agit d'une loi affectant la compétence provinciale sur l'assurance. Le caractère véritable de la loi confirme qu'elle touche le droit civil.<sup>29</sup> En ce qui regarde la structure du régime d'assurance-maladie proposé dans la loi, le Comité judiciaire y va d'une déduction de cause à effet. Il est impossible, selon le Comité, de valider les dispositions concernant l'assurance-maladie tout en déclarant inconstitutionnel le reste de la loi. Cette partie de la loi ne peut exister d'une façon autonome. La *Loi sur les assurances sociales* est *ultra vires* dans sa totalité. Argument moins limpide que celui de la Cour suprême, mais qui en bout de ligne attribue définitivement l'assurance-maladie aux gouvernements provinciaux.

En résumé, selon nous, ces deux arrêts démontrent sans équivoque que la Constitution confie aux provinces le pouvoir sur l'assurance-maladie. À cette époque, seules les provinces sont habilitées à mettre sur pied un régime d'assurance-maladie. Rien n'autorise le gouvernement fédéral à agir dans ce domaine. Ainsi, comme nous le disions au début du chapitre, le palier de gouvernement possédant la compétence sur l'assurance-maladie possède également le droit d'imposer le ticket modérateur. En conséquence, nous pourrions conclure que les provinces ont le droit d'imposer le ticket modérateur dans leur système d'assurance-maladie. Avant d'en arriver là, nous devons vérifier si l'état actuel du droit sur l'interprétation de ce champ de compétence est toujours le même.

---

28. *Attorney-General for Canada and Attorney-General for Ontario*, précité, note 20, 367.

29. *Id.*

### C. État actuel du droit

Pour brosser un tableau de l'état actuel du droit sur le partage des compétences concernant l'assurance-maladie, nous avons retracé les deux décisions de la Cour suprême du Canada les plus significatives en la matière. Nous les passerons en revue afin d'en extraire ce qui est susceptible de nous indiquer des modifications au courant jurisprudentiel. Ces jugements ne sont pas directement liés à l'assurance-maladie, mais, par analogie, nous sommes en mesure de saisir l'évolution du droit en rapport avec notre sujet d'étude. Ces arrêts sont les suivants : *Schneider c. La Reine*<sup>30</sup> et *R. c. Morgentaler*.<sup>31</sup>

Dans l'affaire *Schneider c. La Reine*,<sup>32</sup> une loi de la Colombie-Britannique est contestée. Il s'agit de l'*Heroin treatment Act*<sup>33</sup> qui élabore un plan de traitement obligatoire afin de venir en aide aux personnes dépendantes de l'héroïne. L'appelante demande à la Cour suprême de déclarer cette loi *ultra vires* des pouvoirs de la Législature provinciale. La Cour, à l'unanimité, rejette son appel. Le débat gravite autour du titulaire de la compétence législative sur le traitement des toxicomanes. On se demande si la loi relève du fédéral, en vertu du droit criminel, ou plutôt des provinces conformément à leur pouvoir sur la santé.

La Cour conclut que la législation contestée concerne essentiellement la santé publique. À cette étape du jugement, le tribunal se doit de déterminer qui peut faire quoi dans le domaine de la santé publique. C'est en répondant à cette interrogation que la Cour suprême amène des éléments suscitant un intérêt pour le présent chapitre.

Le juge Dickson, au nom de sept des neuf juges de la Cour, résume l'ensemble des prérogatives provinciales en matière de santé publique. Précisant que ce sujet n'est pas spécifiquement énoncé à la Constitution, il mentionne que :

---

30. [1982] 2 R.C.S. 112.  
 31. [1993] 3 R.C.S. 463.  
 32. *Schneider c. la Reine*, précité, note 30.  
 33. 1978 (C.B.), chap.24.

«[...] historiquement du moins, la compétence générale en matière de santé publique a été considérée comme appartenant aux provinces en vertu du par. 92(16) [...] même si la portée considérable de cette compétence n'avait probablement pas été prévue en 1867.

*Le point de vue selon lequel la compétence générale en matière de santé appartient aux provinces (en admettant une compétence limitée du fédéral, accessoire aux attributions expresses de compétence de l'art. 91 ou consécutive au pouvoir d'urgence relatif à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement) s'est imposé et n'est pas maintenant sérieusement contesté [...].»<sup>34</sup> (Nos italiques)*

Ce passage confirme nettement que les provinces possèdent une compétence générale en matière de santé. Le fédéral, quant à lui, détient un pouvoir accessoire dans ce domaine. Ce pouvoir s'exerce en vertu de ses attributions de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>35</sup> ou de son pouvoir de légiférer pour «la paix, l'ordre et le bon gouvernement»,<sup>36</sup> en cas d'urgence.<sup>37</sup> Il s'agit uniquement d'exceptions à la compétence provinciale générale sur la santé.

---

34. *Schneider c. la Reine*, précité, note 30, 137. Cette position a été intégralement reprise dans *Bell Canada c. Québec (CSST)*, [1988] 1 R.C.S. 749, 761.

35. À ce sujet, voir A. LAJOIE et P. A. MOLINARI, *loc. cit.*, note 12, 599, 602. Sur le pouvoir accessoire, voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 410.

36. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 11, paragraphe introductif de l'art. 91.

37. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, pp. 484-488 et Michel DESCHÊNES, «Les pouvoirs d'urgence et le partage des compétences au Canada», (1992) 33 *C. de D.* 1181, 1190-1191. À propos du pouvoir de «paix, ordre et bon gouvernement», il est à noter que son volet «dimension nationale» a déjà donné ouverture à une compétence fédérale en matière de santé publique. Dans l'affaire *Procureur général du Canada c. RJR-MacDonald* ([1993] R.J.Q. 375), la Cour d'appel du Québec en arrive à cette conclusion. En l'espèce, la Cour établit que la législation fédérale contestée, visant le domaine de la santé, relève du Parlement fédéral en vertu de son pouvoir de «paix, ordre et bon gouvernement», sous l'angle de la «dimension nationale». En appel, la Cour suprême du Canada (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 127 D.L.R. (4th) 1) ne retient pas la position de la Cour d'appel. Le plus haut tribunal canadien statue plutôt que la loi attaquée est un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Nous pouvons penser que si l'opinion de la Cour d'appel du Québec avait été confirmée, l'application de ce pouvoir aurait peut-être provoquée des conséquences sur le partage des pouvoirs sur l'assurance-maladie. Il semble que la «dimension nationale» du pouvoir de «paix, ordre et bon gouvernement» s'interprète largement (voir H. Brun et G. Tremblay, *op. cit.*, note 13, p. 488-493).

En conséquence, rien dans l'arrêt *Schneider c. La Reine*<sup>38</sup> ne peut laisser croire que la compétence provinciale sur l'assurance-maladie a subi une modification. Les pouvoirs fédéraux en matière de santé n'affecte pas, selon nous, l'autorité des provinces sur l'assurance-maladie. La conclusion majoritaire de cette décision consolide notre opinion à l'effet que les gouvernements provinciaux ont l'entier pouvoir sur leur système d'assurance-maladie et le ticket modérateur. La seconde décision est encore plus convaincante à cet égard.

Un jugement récent de la Cour suprême jette un éclairage net et précis sur le sujet. Dans la décision *R. c. Morgentaler*,<sup>39</sup> le juge Sopinka, au nom de la Cour, doit déterminer si la législation néo-écossaise, interdisant l'avortement ailleurs que dans les hôpitaux, échappe à la compétence législative provinciale parce qu'elle ressortit, en raison de son caractère véritable, du droit criminel. La Cour statue que la législation en cause relève du droit criminel et, de ce fait, excède les pouvoirs du Gouvernement de la Nouvelle-Écosse.

Pour en arriver à cette conclusion, le tribunal définit la portée et l'étendue de «la compétence de la province en matière de santé».<sup>40</sup> C'est cette section de la décision qui est pour nous la plus pertinente. Le juge Sopinka dit :

«Le paragraphe 92(7) de la **Loi constitutionnelle de 1867** accorde aux provinces la compétence législative générale sur les hôpitaux et les par. 92(13) et (16) leur attribuent la compétence sur la profession médicale et sur la pratique de la médecine. *Le paragraphe 92(16) leur accorde aussi la compétence générale en matière de santé sur leur territoire : [...]*

*En outre, tous sont d'accord pour dire que les chefs de compétence de l'art. 92 invoqués par l'appelante attribuent aux provinces la compétence sur les soins de santé dans la province en général, y compris les questions de coûts et d'efficacité, la nature du système de santé et la privatisation des services médicaux.»<sup>41</sup> (Nos italiques)*

---

38. Précité, note 30.

39. *R. c. Morgentaler*, précité, note 31.

40. *Id.*, 490.

41. *Id.*, 490 et suiv.

Le tribunal ne peut pas être plus précis sur le sujet. Ce jugement confirme expressément que les provinces ont une compétence générale sur la santé. De plus, la Cour précise textuellement que cette compétence inclut les soins de santé, la nature, les coûts et l'efficacité du système, etc. Par le fait même, le fédéral ne peut intervenir dans ces domaines. Il nous paraît donc évident que les propos du tribunal attribuent aux provinces l'autorité constitutionnelle complète sur l'assurance-maladie. Au surplus, le pouvoir de gérer les coûts et l'efficacité du système atteste, selon nous, qu'elles ont le plein pouvoir d'imposer un ticket modérateur.

Nous avons donc la réponse à notre question du départ. Les gouvernements provinciaux ont la compétence sur l'assurance-maladie. Et nous croyons, conséquemment à la présente décision et à l'exposé ci-haut, que la *Loi constitutionnelle de 1867* confie exclusivement aux législatures provinciales le pouvoir constitutionnel d'imposer le ticket modérateur dans leur système de santé. Ceci dit, il devient pertinent de s'interroger sur la validité constitutionnelle de l'interdiction du ticket modérateur faite par *Loi canadienne sur la santé*. C'est ce que nous allons faire dans le second chapitre.

## **II. La validité constitutionnelle de l'intervention législative fédérale concernant le ticket modérateur**

L'objectif du présent chapitre consiste à déterminer si la *Loi canadienne sur la santé*, en tenant compte de ses dispositions concernant l'assurance-maladie et le ticket modérateur, est *intra vires* des pouvoirs législatifs du Parlement fédéral. Pour ce faire, nous avons divisé notre travail en trois sections. Premièrement, nous tenterons de retracer les motifs à l'origine de cette initiative fédérale. Par la suite, nous évaluerons la validité constitutionnelle de la *Loi canadienne sur la santé*. Finalement, étant donné que cette dernière est une manifestation du pouvoir de dépenser, nous examinerons si elle est conforme aux critères du droit actuel ayant trait à cette notion.

## **A. L'origine de la *Loi canadienne sur la santé* (L.R.C. (1985), c. C-6)**

### **a) Aspect politique de la santé**

Le titre de cette section, «aspect politique de la santé», évoque un élément qui semble déborder le cadre d'un essai de maîtrise en droit. Pour exécuter ce type de travail, on doit habituellement se consacrer aux principes légaux en s'abstenant de s'étendre sur des thèmes politiques. Dans le présent cas, il est cependant inévitable de faire référence à l'idéologie politique qui gouverne les actions du gouvernement fédéral. Nous l'avons vu plus haut, ce dernier n'est pas censé constitutionnellement pouvoir légiférer sur l'assurance-maladie et le ticket modérateur. Qu'à cela ne tienne, il intervient par le truchement de la *Loi canadienne sur la santé*. Quelles sont les raisons qui animent une telle attitude? D'un point de vue chronologique et politico-historique, nous allons voir pourquoi et par quel moyen le fédéral en est arrivé à élaborer cette loi.

C'est à l'intérieur de rapports de commissions d'enquêtes fédérales et provinciales que nous avons recherché les objectifs sous-jacents à l'intervention législative fédérale. Il est à noter que les renseignements recueillis dans la présente section seront utiles à l'analyse de la validité constitutionnelle de la *Loi canadienne sur la santé*. Nous nous y rapporterons, si nécessaire, à la section suivante où nous procéderons à l'évaluation de cette loi.

### **1. Le rapport de la Commission Tremblay (1956)**

En 1953, le gouvernement du Québec met sur pied la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels.<sup>42</sup> Elle étudie, parmi d'autres sujets, la disparité de la répartition des impôts entre les deux ordres de gouvernement. Elle se penche également sur l'envahissement par le

---

42. Cette Commission a été créée par la *Loi instituant une Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, sanctionnée le 12 février 1953. (Elle est également connue sous le nom de Commission Tremblay du nom de son président le juge Thomas Tremblay).

gouvernement fédéral de domaines de taxation réservés aux provinces. On veut en connaître les conséquences sociales, économiques et politiques.<sup>43</sup>

Au sujet de la santé, la Commission Tremblay trace un portrait de la situation. Elle nous dit qu'au fil des ans, le fédéral a constamment subventionné les interventions provinciales en matière de santé.<sup>44</sup> À titre d'exemple, en 1943, le gouvernement fédéral, par l'intermédiaire de la *Loi sur l'aptitude physique nationale*,<sup>45</sup> met à la disposition des provinces des sommes d'argent dans le domaine de la santé. En 1948, le ministère de la Santé nationale et du Bien-être social conçoit un programme de subventions destinées à la construction d'hôpitaux, aux soins d'enfants infirmes, à l'hygiène mentale, à la lutte contre le cancer et les maladies vénériennes, etc. Selon ce que nous dit la Commission, ce programme est considéré, par le premier ministre fédéral de l'époque, comme annonciateur d'un régime d'assurance-santé à l'échelle du pays.<sup>46</sup>

Le Québec, nous rappelle la Commission Tremblay, s'est toujours opposé à toute implication du fédéral dans le domaine de la santé. Mais peu importe les réticences provinciales, le fédéral tente constamment de démontrer que sa participation est nécessaire sur le plan pécuniaire.

Le gouvernement fédéral considère que les provinces n'ont pas la capacité financière pour assumer seules les coûts rattachés aux services de santé offerts à la population. Elles n'ont pas les revenus fiscaux suffisants. À cet effet,

---

43. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels, volume I*, Québec, 1956, p. VI.

44. Les travaux de la Commission Royale des relations entre le Dominion et les provinces (mieux connue sous le nom de Commission Rowell-Sirois) nous apprennent que les subventions conditionnelles, dans le domaine de la santé, existent au Canada depuis 1913. À ce sujet, voir COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, *op.cit.*, note 12, p. 35 et L. M. GOUIN et Brooke CLAXTON, *Expédients constitutionnels adoptés par le Dominion et les provinces. Étude préparée pour la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces*, appendice 8, Ottawa, 1939, p. 18.

45. Promulguée le 1er octobre 1943.

46. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS, *op.cit.*, note 43, p. 176.

la Commission cite un passage de l'*annuaire du Canada de 1954* mentionnant que :

«Même si, d'après la constitution canadienne, la responsabilité primordiale en matière d'hygiène publique incombe aux provinces, la nature particulière de certains problèmes d'hygiène publique et les besoins fiscaux des provinces ont nécessité la participation fédérale dans certains domaines de la santé publique.»<sup>47</sup> (Nos italiques)

L'indigence provinciale semble inciter le fédéral à venir à leur rescousse. Ceci dit, nous sommes en droit de nous demander si le fédéral jouit d'une situation financière plus confortable. À ce sujet, la Commission Tremblay révèle que le gouvernement fédéral a dans son escarcelle plus d'argent que ne l'exige la mise en oeuvre de ses propres compétences constitutionnelles. Cet excédent d'argent provient surtout du rendement de l'impôt créé en faveur de la première guerre mondiale.<sup>48</sup> La Commission Tremblay en arrive à cette conclusion après avoir décrit la relation causale suivante :

«Comment alors ne pas faire un rapprochement entre d'une part, ses gestes répétés de générosité à l'égard des provinces et, d'autre part, son refus persistant d'évacuer le champ d'impôt direct où il s'est introduit à la faveur de la guerre.»<sup>49</sup>

En résumé, en raison de la guerre, le fédéral charge les contribuables canadiens d'un impôt spécial. La guerre terminée, l'impôt n'est donc plus nécessaire. Mais il n'est pas aboli. De là le surplus de revenus que le fédéral utilise pour subventionner conditionnellement les provinces. Dans ce contexte, il y a tout lieu de s'interroger sur cette pratique. Pourquoi le fédéral ne se retire pas de ce champ de taxation. Il pourrait ainsi laisser la voie libre aux provinces afin qu'elles puissent percevoir leur propre impôt.

---

47. *Annuaire du Canada 1954, ressources, histoire, institutions et situation économique et sociale du Canada*, Ottawa, 1954, p. 220.

48. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS, *op.cit.*, note 43, p. 86.

49. *Id.*



Il nous semble que le fédéral ne veuille pas ce départir de ce surplus monétaire au profit des provinces. Nous croyons que l'utilisation de cet excédent, par le pouvoir de dépenser, permet au fédéral de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement à l'égard de son projet pan-canadien d'assurance-santé.

Nous avons vu, au premier chapitre, que le jugement de 1936 concernant la *Loi sur les assurances sociales* établissait que le gouvernement fédéral ne possède pas l'autorité constitutionnelle pour implanter un système d'assurance-maladie à l'échelle du pays. Par contre, le fédéral n'abandonne pas pour autant le désir d'atteindre cet objectif. Il veut y parvenir d'une autre manière. À cet effet, il profite de sa marge de manoeuvre financière et de la faiblesse des provinces sur ce plan. Le versement de subventions conditionnelles, par son pouvoir de dépenser, permet au gouvernement fédéral d'aiguiller la législation des provinces en matière d'assurance-maladie. En établissant des règles d'obtention de l'aide financière, le fédéral façonne, selon ses propres désirs, les régimes provinciaux de santé. Hormis cette intention de vouloir doter le Canada d'un système de santé uniforme, l'attitude du fédéral est justifiée, selon la Commission, par une idéologie sous-jacente.

De façon implicite, la Commission Tremblay lève partiellement le voile sur cette idéologie. Elle constate que la situation prévalant à l'époque dans le domaine de la santé laisse transparaître la quintessence de l'objectif fédéral. Dans son rapport, la Commission écrit ce qui suit :

«À première vue, tout cela paraît excellent. Il faut cependant rappeler qu'en agissant ainsi le gouvernement fédéral excède ses pouvoirs constitutionnels; le même résultat aurait pu être atteint si, par un ajustement fiscal, les provinces avaient été mises en état de répondre elles-mêmes à leurs besoins. Le gouvernement fédéral ne semble cependant pas vouloir se départir de son attitude actuelle et déclare ouvertement son intention d'en arriver à l'établissement d'un plan général d'assurance-santé au Canada. Or, s'il est un domaine où le problème des relations fédérales-provinciales dépasse les horizons

*immédiats de la fiscalité et de la répartition des ressources, c'est bien celui de la santé et du bien-être.»<sup>50</sup> (Nos italiques)*

La Commission ne nous dit pas exactement de quoi il est question. Nous constatons que le fédéral est guidé par autre chose que «la fiscalité et la répartition des ressources». Les propos sibyllins de la Commission laissent sous-entendre que le régime d'assurance-maladie recèle un objectif parallèle à celui de fournir des soins à tous les Canadiens. À la lumière de nos recherches, nous croyons que la Commission veut nous dire que le fédéral voit dans le système d'assurance-santé, un symbole important contribuant au raffermissement de l'unité nationale canadienne. À ce sujet, nous avons recueilli des informations beaucoup plus explicites dans le rapport d'une commission créée par le gouvernement fédéral.

## **2. Le rapport de la Commission Hall (1964)<sup>51</sup>**

Pour bien comprendre le contexte de l'époque dans lequel s'insèrent les travaux de la Commission Hall, il faut d'abord faire un bref état de l'évolution de la législation en matière de santé. Le Parlement fédéral adopte, en 1957, la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostics*.<sup>52</sup> Cette loi s'inscrit dans le cadre du programme à frais partagés entre Ottawa et les provinces. C'est-à-dire que le gouvernement fédéral incite les provinces, en assumant cinquante pour cent (50%) de la facture, à mettre sur pied un régime d'assurance-hospitalisation. En 1961, le Québec décide de participer à cette initiative fédérale par l'intermédiaire de la *Loi instituant l'assurance-hospitalisation*.<sup>53</sup> À partir de ce moment-là, la prochaine étape à atteindre pour le gouvernement fédéral devient l'assurance-maladie. C'est donc pour paver la voie à ce futur régime qu'Ottawa mandate la Commission Hall de faire :

- 
- 50. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels, volume III, tome I*, Québec, 1956, p. 88.
  - 51. *Op. cit.*, note 15. La Commission royale d'enquête sur les services de santé a été créée par le décret C.P. 1961-883 du 20 juin 1961 (Elle est également connue sous le nom de Commission Hall du nom de son président Monsieur le juge en chef Emmett M. Hall).
  - 52. 5-6 Élisabeth II, chap.28, devenue par la suite S.R.C. 1970, c. H-8 et abrogée par S.C. 1984, chap. C-6, art. 32.
  - 53. S.Q. 1960-61, chap.78, devenue par la suite L.R.Q., c. A-28.

«[...] enquête et rapport sur les moyens actuels et les besoins futurs en ce qui concerne les services de santé pour la population du Canada, [...] et pour recommander les mesures, *compatibles avec la répartition constitutionnelle des pouvoirs législatifs au Canada*, qui, [...], assureront que les meilleurs soins possibles de santé seront à la disposition de tous les Canadiens, [...].»<sup>54</sup> (Nos italiques)

C'est par la rédaction d'une «charte de santé des canadiens» que la Commission élabore les principes fondamentaux qui doivent guider le nouveau système. Celle-ci dévoile également l'esprit dans lequel on désire voir naître l'assurance-santé. La Commission considère que :

«La réalisation des normes de santé les plus élevées au bénéfice de notre population *doit devenir un objectif premier de la politique nationale et un facteur de cohésion qui contribuera à cimenter l'unité nationale*, en faisant appel au sens des responsabilités et à l'action des particuliers et de la communauté. *Le mieux à faire pour réaliser cet objectif est d'établir un Régime de services de santé complet et universel pour la population canadienne.*»<sup>55</sup> (Nos italiques)

La Commission écrit noir sur blanc que l'objectif de la mise en place d'un système de santé pan-canadien est de «cimenter l'unité nationale». La santé touche l'ensemble des individus d'une société. Tout citoyen peut au moins une fois au cours de son existence recourir aux services du système d'assurance-santé. De ce fait, la Commission lui prête des vertus de rassembleur et d'unificateur. En fournissant des services de soins de santé de qualité, le régime devient un objet de fierté pour chaque Canadien et Canadienne. Il a pour effet de réunir la population. Cette dernière aime son pays parce que son pays est bon pour elle. Message patriotique s'il en est un, mais c'est du moins la lecture que nous faisons de la citation ci-haut. Outre ce dessein politique, la Commission doit, conformément à son mandat, démontrer que l'implication du gouvernement fédéral est en accord avec la répartition des pouvoirs législatifs.

---

54. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES SERVICES DE SANTÉ, *op.cit.*, note 15, p. XIV.

55. *Id.*, 12.

Du point de vue de la légalité constitutionnelle de la participation fédérale, la Commission reprend un refrain déjà connu. Le fédéral doit s'engager, selon elle, parce qu'il est financièrement en mesure d'assumer un rôle dans l'implantation du système de santé. Les provinces ne peuvent financièrement agir seules à cet égard. Toujours dans la «charte de santé des canadiens», la Commission Hall prend position de la manière suivante :

«L'«évolution du régime constitutionnel du Canada» tient compte de la compétence première des gouvernements provinciaux en matière de santé, y compris l'échelonnement, l'étendue et l'administration des services de santé, *aussi bien que la nécessité de l'assistance financière fédérale pour permettre à chaque province d'établir un Régime de services de santé complet et universel.*»<sup>56</sup> (Nos italiques)

La Commission souligne que la Constitution reconnaît à la fois la juridiction provinciale dans le domaine de la santé, et l'apport pécuniaire nécessaire du gouvernement fédéral pour la mise en place de l'assurance-maladie. Ainsi, selon la Commission, le fédéral est accrédité pour procéder de cette façon. Ici encore, la faiblesse financière des provinces légitime le fédéral à intervenir dans ce domaine de compétence.

En résumé, le rapport de la Commission Hall démontre bien ce que nous appelons «aspect politique de la santé». À notre avis, le renforcement de l'unité nationale est le motif fondamental qui incite le fédéral à utiliser son pouvoir de dépenser dans le domaine de l'assurance-maladie. En réalité, il pouvait agir autrement. Pour éviter de s'ingérer dans cette compétence provinciale, il aurait pu tout simplement transférer inconditionnellement aux provinces l'argent qu'il détenait à cette fin. D'ailleurs, le Québec privilégiait cette solution à l'époque.<sup>57</sup> Nous allons voir maintenant que l'opposition du Québec n'a jamais fait fléchir la volonté du gouvernement central en ce qui concerne l'assurance-maladie.

---

56. *Id.*

57. COMITÉ DE RECHERCHES SUR L'ASSURANCE-SANTÉ, *Premier rapport du Comité de recherches sur l'assurance-santé, volume III*, Québec, 1966, p. 9.

### 3. Le rapport de la Commission Castonguay-Nepveu (1967)<sup>58</sup>

En 1966, le gouvernement du Québec mandate la Commission Castonguay-Nepveu de lui présenter une conception d'ensemble de la santé et de la sécurité sociale.<sup>59</sup> Préalablement aux travaux de cette Commission, le premier ministre du Québec d'alors fait connaître sa position sur la question. Il affirme, dans le cadre d'une conférence fédérale-provinciale en juillet 1965, que l'objectif du gouvernement du Québec est de prendre les choses en main dans le domaine de l'assurance-maladie. Il déclare à l'époque que :

«[...] c'est que nous avons l'intention bien ferme de doter nos citoyens d'un régime complet d'assurance-maladie, sous la juridiction du Québec lui-même et adapté à ses besoins. *Nous tiendrons notre programme d'assurance-maladie à l'extérieur, le cas échéant, de tout programme conjoint fédéral-provincial.* Nous voulons ainsi nous conformer à notre politique générale d'option dans les domaines qui relèvent de notre compétence et où nous croyons être en mesure d'agir plus efficacement que le gouvernement central.»<sup>60</sup> (Nos italiques)

La volonté du gouvernement québécois est de créer son propre système d'assurance-maladie avec ses propres critères. Un régime selon les goûts et les attentes des Québécoises et Québécois. Le fédéral doit y participer par une contribution financière exempte de condition. Selon le chef du gouvernement québécois, le transfert aux provinces de points d'impôts peut faire foi de l'aide pécuniaire fédérale.<sup>61</sup> Donc, dans cette optique, il s'agit d'un système d'assurance-maladie financé conjointement par la province et le fédéral, sans que ce dernier puisse imposer des normes nationales. Avec cette position gouvernementale, la Commission Castonguay-Nepveu sait dans quelle direction elle doit s'orienter.

---

58. La Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social a été créée par l'arrêté en conseil no. 2046 du 9 novembre 1966. (Elle est également connue sous le nom de Commission Castonguay-Nepveu du nom de son président Monsieur Claude Castonguay et de son secrétaire Monsieur Gérard Nepveu).

59. COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SANTÉ ET LE BIEN-ÊTRE SOCIAL, *op.cit.*, note 9, p. IX et X.

60. COMITÉ DE RECHERCHES SUR L'ASSURANCE-SANTÉ, *op.cit.*, note 57, p. 10.

61. *Id.*, p. 10 et 11.

Connaissant l'état de la jurisprudence constitutionnelle sur le partage des compétences concernant l'assurance-maladie,<sup>62</sup> la Commission prône une prise en charge du système par le gouvernement provincial uniquement. Pour le financement, la Commission y va de la recommandation suivante :

«Que le gouvernement du Québec demande au gouvernement du Canada de lui accorder une compensation fiscale inconditionnelle dès l'entrée en vigueur de la Loi sur les soins médicaux.»<sup>63</sup>

Malgré les intentions du gouvernement du Québec de faire cavalier seul dans le dossier de l'assurance-maladie, la suite des événements démontre le contraire. Mise en vigueur le premier juillet 1968, la *Loi sur les soins médicaux*<sup>64</sup> octroie des subventions, représentant cinquante pour cent (50%) de la facture, exclusivement aux provinces qui mettent sur pied un système d'assurance-maladie répondant aux normes prescrites dans cette loi fédérale. Le Québec adhère à ce programme en 1970 par la promulgation de la *Loi de l'assurance-maladie*.<sup>65</sup> Les réclamations québécoises demeurent donc lettre morte.

Il est à noter que le programme fédéral concernant l'assurance-maladie existe encore aujourd'hui, en 1995. Le corpus législatif s'est quelque peu modifié, mais le principe de base demeure toujours le même. Regardons exactement de quoi se compose cette législation.

---

62. À ce sujet, voir COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SANTÉ ET LE BIEN-ÊTRE SOCIAL, *op.cit.*, note 9, p.190, la Commission dit : «Sur le plan constitutionnel, il ne fait donc plus de doute, à l'heure actuelle, que le Parlement fédéral n'a pas le pouvoir d'adopter une loi relative à l'institution d'un régime *contributif* de sécurité sociale, qu'il s'agisse d'un régime de pension de vieillesse, d'assurance-chômage ou d'assurance-maladie.»

63. *Id.*, p. 201.

64. [1966-1967] S.C., c.64, devenue par la suite S.R.C. 1970, c. M-8 et abrogée par S.C. 1984, chap. c. 6, art. 32.

65. L.Q., 1970, c. 37, devenue par la suite L.R.Q., c. A-29. Au sujet de la participation provinciale au programme fédéral, voir Lorne GIROUX, «L'assurance-maladie», (1970) 11 *C. de D.* 535.

#### 4. La législation actuelle

Le gouvernement fédéral cofinance toujours l'actuel système d'assurance-maladie du Québec. Il fait de même pour celui des autres provinces. C'est par l'interaction de deux lois qu'il s'acquitte de sa participation financière. D'une part, la *Loi canadienne sur la santé* fixe les critères d'obtention de la subvention. D'autre part, la *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé*<sup>66</sup> définit la méthode de calcul de l'aide financière. Nous vous faisons grâce de ces inextricables opérations mathématiques,<sup>67</sup> qui sont en réalité de peu d'utilité pour la poursuite du travail. Il est cependant important de souligner que la contribution fédérale se fait sous deux formes : «dégrèvement d'impôt fédéral» et paiement en argent.<sup>68</sup> Le fédéral procède ainsi afin de répondre à ses préoccupations exprimées à l'article 13(1) de la *Loi sur les arrangements fiscaux* qui se lit comme suit :

«Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, afin de financer les programmes mentionnés au paragraphe (2)<sup>69</sup> selon des modalités permettant d'accroître la flexibilité dont peuvent jouir les provinces en matière fiscale et, dans le cadre de l'exécution de ces programmes, d'appliquer, s'il y a lieu, des normes nationales, il peut être versé à chaque province, pour un exercice, une contribution pour le financement des programmes établis consistant :

---

66. L.R.C., chapitre F-8. (Pour la suite du travail, nous la citerons sous le nom de *Loi sur les arrangements fiscaux*, sans constamment répéter la référence).

67. *Id.*, art. 14 et suiv.

68. *Id.*, art. 13.(1).

69. *Id.*, art. 13.(2). Cette disposition se lit comme suit : «Les programmes suivants constituent, pour l'application de la présente partie, des programmes établis : a) le programme de financement de l'enseignement postsecondaire; b) le programme de services de santé assurés à l'égard duquel des conditions sont établies en vertu de la *Loi canadienne sur la santé*.»

a) en un dégrèvement d'impôt fédéral sur le revenu effectué au profit des provinces afin de leur permettre d'établir leurs propres mesures d'ordre fiscal, sans augmentation nette du fardeau fiscal;

b) dans le paiement au comptant d'une fraction de celle-ci, [...]»<sup>70</sup>  
(Nos italiques)

Le dégrèvement fiscal donne aux provinces un plus grand champ de taxation afin qu'elles puissent augmenter leurs revenus, sans pour autant alourdir le fardeau des contribuables. Ce transfert d'impôt se fait sans aucune condition. Tandis que le paiement direct en argent est subordonné au respect des conditions de la *Loi canadienne sur la santé*.<sup>71</sup> Le versement de la subvention en argent s'opère dans la mesure où le système provincial d'assurance-maladie répond aux modalités de cette dernière. Ainsi, le fédéral détient le moyen de contraindre les provinces à mettre sur pied un régime répondant aux «normes nationales». Nous allons voir en détail ces normes dans la prochaine section.

En conclusion, les travaux des trois commissions font apparaître l'idéologie politique qui gouverne les actions du fédéral. Nous pouvons voir que le gouvernement d'Ottawa a tôt fait de remarquer que le renforcement de l'unité nationale canadienne passe par l'établissement d'un système d'assurance-maladie uniforme à l'échelle du pays. Ce régime est un symbole de patriotisme. Constitutionnellement incapable de l'organiser lui-même, le fédéral s'y prend d'une autre façon. Pour parvenir à ses fins, il met à l'oeuvre son pouvoir de dépenser étant donné sa capacité financière et la faiblesse des provinces à cet égard. C'est-à-dire qu'il dépense ses surplus financiers, sous forme de subventions conditionnelles, pour inciter fortement les provinces à s'exécuter. Résultat, le fédéral réussit à imposer sa vision du régime d'assurance-maladie et ainsi agir sur la cohésion de la nation. À notre avis, le caractère patriotique qu'incarne ce concept fait en sorte que le gouvernement fédéral n'a pas l'intention de se retirer de ce domaine. Cet objectif politique peut ou non se justifier dans le cadre du régime fédéral canadien; nous ne voulons pas en juger.

---

70. *Id.*, art. 13.(1).

71. *Loi canadienne sur la santé*, précitée, note 6, art. 7.



Il nous semble cependant important de mettre en lumière si cette façon de faire est conforme aux impératifs établis par notre droit constitutionnel.

**B. Analyse de la validité constitutionnelle de la *Loi canadienne sur la santé***

Nous avons précédemment démontré que l'assurance-maladie et le ticket modérateur sont du ressort exclusif des provinces. En dépit de cette conclusion, l'attribution de subventions en vertu de la *Loi canadienne sur la santé* est soumise à des conditions concernant ces sujets. L'objectif de la présente section est de déterminer si cette loi, en raison de son caractère véritable, excède les pouvoirs du Parlement fédéral étant donné qu'elle semble ressortir de la compétence des gouvernements provinciaux.

L'analyse de la constitutionnalité de la *Loi canadienne sur la santé* s'avère d'autant plus importante puisqu'elle est une manifestation du pouvoir fédéral de dépenser. Dans ces circonstances, Brun et Tremblay nous disent «[qu']une loi qui autorise des dépenses de fonds dans un domaine spécifique tout en les assortissant de conditions diverses» doit être analysée de façon à «établir le caractère véritable de la loi pour les fins du partage des compétences». <sup>72</sup>

Les tribunaux ont établi des critères afin d'évaluer la légalité constitutionnelle d'une loi. Les experts nous les rappellent dans leurs ouvrages. <sup>73</sup> Brun et Tremblay mentionnent qu'il faut d'abord trouver le caractère véritable de la loi mise en cause. Nous devons pour ce faire «identifier la matière sur laquelle porte essentiellement cette législation». <sup>74</sup> Sur la même question, Hogg dit que «[...] it is necessary to identify the dominant or most important characteristic of the challenged law». <sup>75</sup> Donc, une loi est jugée valide dans la mesure où son caractère véritable démontre qu'elle relève du champ de compétence du législateur qui l'a adoptée.

---

72. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 512.

73. *Id.* et Peter W. HOGG, *Constitutional law of Canada*, third edition (supplemented), Carswell, Toronto, 1992.

74. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 406.

75. P. W. HOGG, *op. cit.*, note 73, p. 15-7.

Brun et Tremblay précisent qu'il est également important de retenir que nous devons identifier ce que la loi réglemente et non pas ce qu'elle affecte. C'est-à-dire que, dans la recherche du caractère véritable, nous tenons compte du domaine qui est principalement régi et non celui touché par incidence. Ils mentionnent que «c'est le but de la législation incriminée qui doit être considéré primordialement, quitte à tenir compte de ses effets nécessaires et substantiels. À l'inverse, les effets secondaires de cette législation n'influent pas sur sa validité».<sup>76</sup> À cette distinction entre les effets nécessaires et secondaires, le juge Sopinka de la Cour suprême, dans la décision *R. c. Morgentaler*,<sup>77</sup> apporte des détails pertinents pour l'analyse du caractère véritable de la *Loi canadienne sur la santé*. Le juge prend soin de différencier l'effet juridique de l'effet pratique d'une loi.

L'effet juridique ou encore, comme il le dit lui-même, «l'application sur le plan strict du droit» est «la manière dont le texte législatif dans son ensemble influe sur les droits et les obligations de ceux qui sont assujettis à ses dispositions, et est déterminé en fonction des termes mêmes du texte».<sup>78</sup> L'effet juridique définit l'idée essentielle de la loi. Il fournit ainsi des indices importants concernant le caractère véritable. Selon le juge, «[l']effet juridique est souvent une bonne indication de l'objet du texte [...], mais il est pertinent pour la qualification constitutionnelle même lorsque ce n'était pas vraiment l'intention du législateur ou qu'il n'en était pas parfaitement conscient».<sup>79</sup> Par contre, le juge Sopinka, en citant de la doctrine, nous dit que :

«[...] la cour [...] “ne tient pas compte seulement des effets juridiques directs mais aussi des objets sociaux ou économiques que la loi vise à réaliser”, de son contexte et des circonstances dans lesquelles elle a été votée [...], et, dans les cas qui s'y prêtent, elle prend en considération la deuxième forme d’“effet”, l'effet pratique,[...]»<sup>80</sup>

---

76. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 407.

77. *R c. Morgentaler*, précité, note 31.

78. *Id.*, 482.

79. *Id.*, 483.

80. *Id.*

L'effet pratique «consiste dans le résultat réel ou prévu de l'application du texte»<sup>81</sup> de loi. Contrairement à l'effet juridique, l'utilisation de l'effet pratique, dans l'analyse de la validité constitutionnelle d'une loi, n'est pas toujours pertinente.<sup>82</sup> À ce sujet, le juge Sopinka mentionne que :

«Dans la majorité des cas, l'effet pratique ne sera pertinent que s'il témoigne d'un objet *ultra vires*, c'est-à-dire s'il révèle une conséquence grave sur une matière qui ne relève pas de la compétence du corps législatif qui a adopté le texte et s'il contredit ainsi un objet apparemment *intra vires* ou s'il confirme l'impression que le texte est *ultra vires*.»<sup>83</sup>

Le contexte dans lequel le recours à l'effet pratique est justifié nous porte à croire que cette notion, tout comme les autres notions vues plus haut, sont indispensables pour déterminer si la *Loi canadienne sur la santé* est *intra vires* des pouvoirs législatifs du gouvernement fédéral. Fort de ces concepts de travail, nous pouvons maintenant passer à l'étude de la *Loi canadienne sur la santé*. Étude qui, soit dit en passant, s'inspire, selon la situation, des différentes méthodes d'interprétation des lois.<sup>84</sup>

Lors de sa mise en vigueur en 1984, la *Loi canadienne sur la santé* abroge deux lois.<sup>85</sup> Elle vient remplacer la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques*<sup>86</sup> et la *Loi sur les soins médicaux*.<sup>87</sup> Ces dernières sont en quelque sorte les ancêtres de la *Loi canadienne sur la santé*. Dans la mesure où cela est applicable, certains arguments qui ont été invoqués pour l'adoption de ces deux lois peuvent nous être utiles à la compréhension de la loi sous étude. Beaucoup de ces arguments se retrouvent dans l'exposé de la section précédente. Nous y recourrons si nécessaire.

---

81. *Id.*, 486.

82. *Id.*

83. *Id.*, 486-487.

84. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 715. Il s'agit des méthodes littérale, logique, téléologique et historique.

85. S.C. 1984, chap. C-6, art. 32.

86. Précitée, note 52.

87. Précitée, note 64.

*Loi canadienne sur la santé* est le titre abrégé de la *Loi concernant les contributions pécuniaires du Canada aux services de santé assurés pris en charge par les régimes provinciaux d'assurance-santé et les montants payables par le Canada pour les programmes de services complémentaires de santé*. Le titre complet de la loi exprime qu'il s'agit d'un programme fédéral de financement des services de santé provinciaux. Il est bien évident que l'intitulé de la loi est totalement insuffisant pour reconnaître une velléité fédérale de régir les systèmes provinciaux d'assurance-maladie. C'est par contre au préambule que commence à transparaître l'intention de l'auteur de cette pièce législative. Le premier alinéa du préambule de la *Loi canadienne sur la santé* se lit comme suit :

«Considérant que le Parlement du Canada reconnaît :

que le gouvernement du Canada n'entend pas par la présente loi abroger les pouvoirs, droits, privilèges ou autorités dévolus au Canada ou aux provinces sous le régime de la **Loi constitutionnelle de 1867** et de ses modifications ou à tout autre titre, ni leur déroger ou porter atteinte, [...]»<sup>88</sup>

En d'autres termes, ce «considérant» évoque que la *Loi canadienne sur la santé* n'a pas pour objectif d'abroger, de déroger ou de porter atteinte aux droits conférés aux deux paliers de gouvernement par la *Loi constitutionnelle de 1867*, «et ses modifications ou à tout autre titre». «À tout autre titre» peut signifier, selon nous, les conventions constitutionnelles et les interprétations jurisprudentielles qui élargissent l'étendue des droits ou des compétences de l'un ou l'autre des législateurs. Ceci dit, essayons maintenant de soupeser la valeur juridique de cette partie du préambule.

D'emblée, nous avons à l'égard de cet énoncé un sérieux doute quant à sa portée juridique. La citation mentionne que «le gouvernement du Canada n'entend pas» abroger, par le biais de la loi sous étude, des droits constitutionnalisés. Prise *a contrario*, cette assertion laisse présumer que si le fédéral en avait l'intention, il pourrait abroger des droits prévus à la Constitution.

---

88. *Loi canadienne sur la santé*, précitée, note 6, 1<sup>er</sup> paragraphe du préambule.

Ceci nous paraît impossible au point de vue juridique. Nous ne croyons pas que le gouvernement fédéral puisse unilatéralement légiférer relativement à la Constitution fédérative canadienne. Abroger des pouvoirs ou des droits constitutionnels, c'est en quelque sorte apporter des modifications à la Constitution elle-même. Nous sommes d'avis que la partie fédérative de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne peut être modifiée qu'en respectant les règles prévues à cet effet. En conséquence, cette mention du préambule n'a, selon nous, aucune valeur juridique. Nous devrions plutôt dire qu'elle n'a aucune valeur interprétative; car ce n'est pas un article de la loi mais plutôt un extrait du préambule. À notre avis, cette indication du législateur fédéral n'influence en rien la qualification constitutionnelle de la *Loi canadienne sur la santé*. Néanmoins, ce même «considérant» mérite d'être scruté attentivement sous un autre angle.

Ce message du fédéral, à l'effet que sa loi ne porte pas atteinte aux droits constitutionnalisés, nous semble tout à fait inutile. Il n'est pas nécessaire, selon nous, d'inscrire expressément dans une loi que celle-ci est conforme à la Constitution. En vertu de la présomption de constitutionnalité des lois, toute législation est présumée valide. À partir de ce principe, toute indication écrite tentant de confirmer la constitutionnalité d'une loi devient superfétatoire. Ainsi, la partie du préambule sous étude n'apporte rien de concret à la compréhension de cette loi. En d'autres mots, la *Loi canadienne sur la santé* n'est pas nécessairement *intra vires* parce qu'on y a inscrit en toutes lettres qu'elle n'est pas contraire aux principes fondamentaux de la Constitution. Nous croyons donc que ce «considérant» ne fait que réitérer la présomption de constitutionnalité de la *Loi canadienne sur la santé*. Nous pensons que cette indication superflue, à l'égard de sa conformité à la Constitution, dénote le caractère particulier de cette loi. À notre avis, c'est le pouvoir de dépenser sous-tendant cette loi fédérale qui suscite un surplus de prudence rédactionnelle.

En légiférant par le truchement de son pouvoir de dépenser, le gouvernement d'Ottawa sait qu'il navigue dans les eaux agitées des relations fédérales-provinciales. Le «considérant» à l'étude tente possiblement d'écarter toute dispute sur un éventuel conflit de juridiction. C'est peut-être tout simplement une phrase lénifiante ayant pour objet de rassurer les provinces craintives d'un envahissement de leur compétence par le gouvernement fédéral. Cette partie du préambule nous donne l'impression d'un témoignage à cet effet.

Finalement, sur le plan juridique, il faut voir dans ce «considérant» un énoncé qui n'a, selon nous, aucune conséquence sur la validité de la *Loi canadienne sur la santé*. Passons maintenant à une autre section du préambule.

L'accès aux services de santé de qualité, sans contrainte financière, est une priorité pour le gouvernement fédéral.<sup>89</sup> Pour y parvenir, il considère que sa participation financière aux systèmes provinciaux d'assurance-maladie est nécessaire. Il justifie donc son implication, dans ce domaine provincial, de la façon suivante :

«considérant en outre que le Parlement du Canada souhaite favoriser le développement des services de santé dans tout le pays en aidant les provinces à en supporter le coût, [...]»<sup>90</sup>

Nous voyons resurgir, en termes voilés, un argument déjà invoqué aux cours des années 1930-1940. Le fédéral fait indirectement référence à l'insuffisance financière des provinces pour intervenir. Hormis cela, nous nous interrogeons sur le désir du gouvernement fédéral de voir progresser l'assurance-maladie «dans tout le pays».

L'évolution des systèmes de santé provinciaux est élevée au rang d'objectif national. Nous sommes sous l'impression que le fédéral veut créer une synergie, à l'échelle canadienne, afin d'améliorer la qualité des services de santé rendus par les provinces. Ce désir, si valable soit-il, démontre, selon nous, que le fédéral fait de la planification dans le champ de compétence des provinces. C'est pourtant à ces dernières de décider de la croissance de leur régime. Chacune d'elles doit pouvoir développer son système au rythme et dans la direction qu'elle entend prendre. Par la fixation d'un objectif national, le fédéral impose aux provinces une marche à suivre. À notre avis, nous avons ici une première indication de l'intention du fédéral de contrôler les systèmes

---

89. *Id.*, paragraphe cinquième du préambule qui se lit comme suit : «Considérant que le Parlement du Canada reconnaît : que l'accès continu à des soins de santé de qualité, sans obstacle financier ou autre, sera déterminant pour la conservation et l'amélioration de la santé et du bien-être des Canadiens; [...]».

90. *Id.*, dernier paragraphe du préambule.

provinciaux d'assurance-maladie. Regardons plus avant, dans les dispositions de la *Loi canadienne sur la santé*, afin de voir si notre opinion se confirme.

Aux articles 1 et 2 nous retrouvons respectivement le titre abrégé et les définitions spécifiquement applicables à la loi. L'article 3 définit le rôle que le législateur fédéral veut jouer dans le domaine de la santé. Sous la rubrique «politique canadienne de la santé», il présente ainsi sa tâche :

«La politique canadienne de la santé a pour premier objectif de protéger, de favoriser et d'améliorer le bien-être physique et mental des habitants du Canada et de faciliter un accès satisfaisant aux services de santé, sans obstacles d'ordre financier ou autre.»<sup>91</sup>

Cette politique de la santé ne nous semble pas incompatible avec le partage des compétences. Dans un premier temps, le fédéral peut, par divers moyens, «protéger, favoriser et améliorer» la santé des citoyens canadiens. Prenons, par exemple, les campagnes publicitaires en faveur de l'adoption de bonnes habitudes de vie, de l'incitation à faire de l'activité physique ou encore celles expliquant la nocivité de la consommation de la cigarette. Rien de tout cela n'est, selon nous, répréhensible au point de vue constitutionnel. Le fédéral fait uniquement la promotion de la qualité de la santé. Il n'intervient pas directement ou indirectement dans l'organisation des services de santé. Dans un deuxième temps, afin de bien veiller sur la santé des citoyens, le fédéral veut «faciliter un accès» aux services de soins de santé, sans aucune contrainte financière. La disposition ne précise pas de quelle manière cela se concrétise. En l'absence de cette information, pour l'instant, nous ne pouvons présumer qu'il s'agit d'une ingérence dans les soins de santé. À notre avis, l'article 3 n'apporte aucun indice concret d'envahissement fédéral de la compétence provinciale sur l'assurance-maladie. L'article 4 est par contre un peu plus révélateur.

Sous la rubrique «raison d'être» nous retrouvons l'objectif principal de l'existence de cette loi. L'article 4 se lit comme suit :

«La présente loi a pour raison d'être d'établir des conditions d'octroi et de versement du plein montant prévu à la loi de 1977 [Loi sur les

---

91. *Id.*, art. 3.

**arrangements fiscaux]** à l'égard des services de santé assurés et des services complémentaires de santé fournis en vertu de la loi d'une province.»<sup>92</sup> (Nos italiques)

Nous sommes en face de la disposition établissant le principe des subventions conditionnelles. Nous avons précédemment expliqué de quoi il en retourne. Il faut maintenant voir concrètement quelles sont les conditions imposées aux provinces pour qu'elles puissent obtenir l'aide financière fédérale.

La *Loi canadienne sur la santé* pose, dans un premier temps, cinq conditions à l'égard du régime provincial d'assurance-maladie. C'est-à-dire que ce dernier doit être intégral, universel, transférable, accessible et sous une gestion publique. Dans un deuxième temps, elle impose deux autres modalités portant sur le ticket modérateur et la surfacturation. Commençons d'abord par les cinq premières conditions.

Le régime provincial d'assurance-maladie doit être sans but lucratif, administré par un corps public nommé par le gouvernement provincial et redevable devant lui. Cet organisme public doit être soumis à un contrôle financier. C'est ce qu'on appelle la gestion publique.<sup>93</sup> Le système doit être intégral. C'est-à-dire qu'il est censé couvrir l'ensemble «des services de santé assurés»<sup>94</sup> fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes», de même que «les services semblables ou additionnels fournis par les autres professionnels de la santé» dans les cas où la législation de la province le permet.<sup>95</sup> Le régime est universel lorsque toutes les personnes qui ont droit à l'assurance-maladie peuvent y accéder «selon des modalités uniformes». <sup>96</sup> Le système d'assurance-maladie est transférable lorsqu'il comporte les trois traits suivants : il n'exige d'une personne de la province aucun délai «minimal de résidence ou de carence supérieur à trois mois» pour avoir droit à l'assurance-maladie; il prévoit des

---

92. *Id.*, art. 4.

93. *Id.*, art. 8.

94. *Id.*, art. 1. «Services de santé assurés» désigne : «Services hospitaliers, médicaux ou de chirurgie dentaire fournis aux assurés, à l'exception des services de santé auxquels une personne a droit ou est admissible en vertu d'une autre loi fédérale ou d'une loi provinciale relative aux accidents du travail.»

95. *Id.*, art. 9.

96. *Id.*, art. 10.



méthodes de paiement pour le coût des services de santé fournis à l'extérieur de la province d'origine ou à l'extérieur du Canada; il couvre la personne qui quitte sa province jusqu'au moment où celle-ci se trouve assurée par le régime de sa nouvelle province.<sup>97</sup> Finalement, la dernière condition a trait à l'accessibilité. Le système est accessible s'il regroupe tous les éléments suivants : il offre les services de santé en fonction de critères uniformes; il donne accès aux services sans contrainte directe ou indirecte et «notamment par facturation»; il assume les frais des services de santé assurés selon un tarif; il prévoit «une rémunération raisonnable de tous les services de santé assurés fournis par les médecins et les dentistes»; il prévoit «le versement de montants aux hôpitaux, y compris les hôpitaux que possède et gère le Canada, à l'égard du coût des services de santé assurés».<sup>98</sup> Ce sont donc, en résumé, les cinq conditions de la *Loi canadienne sur la santé*. Déroger à l'une de ces conditions entraîne la diminution ou le non-versement de l'aide financière fédérale.<sup>99</sup>

Pour sa part, le ticket modérateur fait l'objet d'une disposition particulière. L'article 19 se lit comme suit :

«Une province n'a droit, pour un exercice, à la pleine contribution pécuniaire [...] que si, aux termes de son régime d'assurance-santé, elle ne permet pour cet exercice l'imposition d'aucuns frais modérateurs. [...].»<sup>100</sup>

Dans l'éventualité où une province ne se plie pas à cette exigence, sa subvention s'en trouve réduite selon les modalités de l'article 20(2).<sup>101</sup> La même sanction s'applique dans le cas de surfacturation.<sup>102</sup> Nous avons donc un portrait

---

97. *Id.*, art. 11.

98. *Id.*, art. 12.

99. *Id.*, art. 15.

100. *Id.*, art. 19.(1).

101. *Id.*, art. 20(2). Cette disposition se lit comme suit : «Dans le cas où une province ne se conforme pas à la condition visée à l'article 19, il est déduit de la contribution pécuniaire à cette dernière pour un exercice un montant, déterminé par le ministre d'après les renseignements fournis conformément aux règlements, égal au total des frais modérateurs assujettis à l'article 19 imposés dans la province pendant l'exercice ou, si les renseignements n'ont pas été fournis conformément aux règlements, un montant estimé par le ministre égal à ce total.»

102. *Id.*, art. 18 et 20.(1).

d'ensemble des conditions imposées par la *Loi canadienne sur la santé*. Il faut maintenant voir si ce sont là des sujets qui relèvent de la compétence du législateur provincial.

En prenant en considération la compétence provinciale sur l'assurance-maladie, telle que définie par le juge Sopinka,<sup>103</sup> il nous paraît assez évident que la *Loi canadienne sur la santé* touche à des matières qui sont de compétence provinciale. Cette loi fédérale dicte des normes en rapport avec une juridiction appartenant à l'autre ordre de gouvernement. Ces normes ont trait au type de gestion, aux services à offrir, aux personnes à assurer, au ticket modérateur, etc. Nous sommes enclins à croire que la *Loi canadienne sur la santé* porte sur des sujets qui relèvent de la compétence des législatures provinciales. À ce sujet, la décision de la Cour suprême concernant la *Loi sur les assurances sociales*,<sup>104</sup> vue dans le premier chapitre du présent travail, vient en quelque sorte appuyer notre point de vue. Dans cette affaire, la Cour avait à vérifier la validité de la *Loi sur les assurances sociales*. Cette dernière ébauchait la structure d'un système d'assurance-maladie. Cette loi fédérale était beaucoup moins élaborée et précise que la *Loi canadienne sur la santé*.<sup>105</sup> À l'époque, la Cour s'exprime de la façon suivante à l'égard de la *Loi sur les assurances sociales* :

«In the premises, the Act submitted to the Court is not a mere encroachment on the provincial fields through the exercise of powers allegedly ancillary or incidental to one of the enumerated powers of section 91; *in pith and substance, it is a direct and unwarranted appropriation of the powers attributed to the legislatures by force of Section 92 of the Constitution.*»<sup>106</sup> (Nos italiques)

Si la *Loi sur les assurances sociales* empiétait sur une juridiction provinciale, nous pouvons facilement croire que la *Loi canadienne sur la santé*

---

103. Voir la citation de la note 41.

104. *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of Canada*, précité, note 17.

105. À ce sujet, voir la note 22.

106. *In the matter of reference as to whether the parliament of Canada had legislative jurisdiction to enact the employment and social insurance act, being chapter 38 of the statutes of Canada*, précité, note 17, 455.

fait de même. À la lumière de cette décision, nous pensons que les dispositions de cette dernière sont en rapport avec des sujets de compétence provinciale. Ceci dit, il faut maintenant voir si cette loi, dans son application, pose de réelles contraintes aux provinces dans leur champ de compétence. Nous devons regarder si la *Loi canadienne sur la santé* a pour effet de réglementer la compétence provinciale sur l'assurance-maladie.

À première vue, sur le plan strictement juridique, la *Loi canadienne sur la santé* ne semble pas réglementer la compétence provinciale sur l'assurance-maladie. Les gouvernements provinciaux ne sont pas assujettis à cette loi fédérale. Ils s'y soumettent consciemment. Les conditions d'obtention de la subvention ne sont pas des contraintes juridiques. Elles s'imposent uniquement à la province qui accepte l'aide financière du fédéral. Ce dernier ne peut, en aucun cas, forcer une province à respecter ses exigences, si elle ne veut pas la subvention. Les provinces sont juridiquement libres d'accepter ou de refuser l'offre fédérale. En s'associant au fédéral, elles consentent volontairement à se conformer aux conditions de la loi. De ce point de vue, la *Loi canadienne sur la santé* a tout simplement pour objectif de verser de l'argent aux provinces pour le financement de leur système de santé. Elle ne semble pas contraignante pour les provinces.

À cette étape de notre raisonnement, nous serions porté à affirmer que cette loi ne semble pas heurter l'autonomie provinciale. D'une façon prématurée, nous pourrions conclure que la *Loi canadienne sur la santé* n'est pas une législation sur l'assurance-maladie. Nous devons cependant être prudent et ne pas analyser la loi d'une manière désincarnée, sans se soucier du contexte dans lequel elle a été adoptée. Autrement dit, il faut tenir compte de l'effet pratique de la loi, comme l'a dit plus haut le juge Sopinka.

Dans les faits, nous sommes d'avis que les gouvernements provinciaux n'ont pas le choix d'accepter l'aide financière du fédéral. Pour des raisons économiques et politiques, ils sont contraints de participer au programme à frais partagés. Au point de vue économique, la situation est la suivante : nous avons exposé, à la section précédente, qu'une province seule n'a pas les ressources suffisantes pour supporter le fardeau financier de son système d'assurance-

maladie. Encore aujourd'hui, même si l'aide fédérale diminue,<sup>107</sup> les provinces ont toujours besoin de ces sommes.<sup>108</sup> Elles ne peuvent se retirer du programme fédéral sans mettre en péril leur régime d'assurance-maladie. Elles ont besoin des subsides fédéraux. Si une province décidait de rompre son entente avec Ottawa, elle porterait préjudice à sa population. C'est au plan fiscal que les citoyens seraient doublement pénalisés. C'est-à-dire que pour offrir des services de santé du même genre, sans l'aide du fédéral, un gouvernement provincial devrait majorer considérablement l'impôt de ses contribuables. De plus, ces derniers, par l'absence des subventions conditionnelles, ne bénéficieraient pas d'un juste retour des impôts qu'ils paient au fisc fédéral. En conséquence, il devient donc économiquement impensable de refuser l'aide financière du gouvernement fédéral. Cette situation provoque du même coup des répercussions sur l'aspect politique de cette affaire.

Nous pouvons facilement imaginer qu'il soit difficile, pour les politiciens provinciaux, d'expliquer à la population qu'ils refusent les subventions conditionnelles provenant du fédéral. Ceci est d'autant plus vrai que ces conditions concernent l'universalité, l'accessibilité, l'intégralité, l'interdiction du ticket modérateur, etc. Des conditions qui sont au bénéfice des citoyens. Il faut également prendre en considération la pression politique provenant des contribuables qui réclament les mêmes services de santé aux mêmes coûts que dans les autres provinces qui participent au programme fédéral. Toujours au plan politique, le fédéral, par l'utilisation de son pouvoir de dépenser, confine les provinces au rôle du fauteur de trouble. Le gouvernement d'Ottawa offre l'argent et c'est le gouvernement provincial qui doit prendre l'odieuse décision de le refuser. Dans ces circonstances, il devient extrêmement difficile de rejeter la subvention fédérale et les modalités qui y sont rattachées.

En résumé, rien n'oblige les provinces, du point de vue juridique, à souscrire au plan d'Ottawa. La réalité politico-économique montre cependant le

---

107. À ce sujet, les chiffres du rapport Rochon indiquent qu'en 1987-1988 la participation fédérale aux dépenses de services de santé et de services sociaux n'est plus de 50%, mais se répartit comme suit : 22,3% en argent et 17,4% en transfert de points d'impôt. Pour plus de détails, voir COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES SERVICES DE SANTÉ ET LES SERVICES SOCIAUX, *op. cit.*, note 1, p. 361.

108. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 514.

contraire. Le contexte global nous porte donc à croire que les provinces n'ont pas d'autre choix que de se soumettre à la *Loi canadienne sur la santé*. Nous constatons que tout ceci est le résultat d'une disparité dans la répartition fiscale.

Nous avons vu qu'il y a un déséquilibre fiscal créant un surplus de revenu en faveur du Gouvernement d'Ottawa. Celui-ci a utilisé ces sommes d'argent, par son pouvoir de dépenser, dans l'objectif de créer un système d'assurance-santé uniforme *a mari usque ad mare*. Il voulait, du même coup, renforcer l'unité nationale. Il n'est pas de notre ressort d'évaluer, dans le présent travail, l'évolution du renforcement de l'identité nationale canadienne. Par contre, en ce qui concerne la création d'un régime de santé pan-canadien, nous sommes d'avis que cet objectif est atteint. Toutes les provinces profitent des subventions conditionnelles versées conformément à la *Loi canadienne sur la santé*. Le législateur fédéral savait, selon nous, que «le résultat réel ou prévu» de l'application de la *Loi canadienne sur la santé* uniformiserait la législation des provinces en matière d'assurance-maladie. C'est ici, à notre avis, l'effet pratique de cette loi. En conséquence, cet effet pratique est pertinent à l'analyse de la validité constitutionnelle, car il témoigne de ce que le caractère véritable de la *Loi canadienne sur la santé* est *ultra vires* des pouvoirs du Parlement fédéral. Cette loi a, pour reprendre les termes du juge Sopinka, «une conséquence grave sur une matière qui ne relève pas de la compétence du corps législatif qui a adopté le texte».<sup>109</sup>

Ne pouvant constitutionnellement établir lui-même le régime d'assurance-maladie uniforme sur l'ensemble du pays, le fédéral a profité d'une inégalité dans les revenus fiscaux pour y arriver. Par son pouvoir de dépenser, il a promulgué une loi qui porte essentiellement sur la compétence provinciale sur l'assurance-maladie. La *Loi canadienne sur la santé* a un impact majeur autant sur la forme du régime que sur ses coûts. Elle restreint considérablement la marge de manoeuvre des provinces. Elle délimite l'espace à l'intérieur duquel les gouvernements provinciaux doivent légiférer. Dans l'exercice normal de leur compétence constitutionnelle, les provinces devraient pouvoir construire et gérer leur système d'assurance-maladie de la façon qu'elles jugent appropriée. Elles devraient être en mesure de légiférer dans leur sphère de compétence sans

---

109. R. c. *Morgentaler*, précité, note 31, 486-487.

aucune restriction. Au contraire, elles sont soumises à des obligations qui diminuent leur autonomie législative. En définitive, nous croyons que le caractère véritable de la *Loi canadienne sur la santé* est de réglementer les systèmes provinciaux d'assurance-maladie.

Nous sommes donc d'avis que la *Loi canadienne sur la santé* est inconstitutionnelle eu égard au partage des compétences législatives. Les dispositions de cette loi ressortent de la juridiction des provinces. Ce qui nous amène à dire qu'il s'agit d'une intervention législative directe du gouvernement fédéral dans la juridiction provinciale sur la santé et, incidemment, sur l'assurance-maladie et le ticket modérateur. Suivant ce constat, nous allons maintenant nous demander si le fait que la *Loi canadienne sur la santé* soit issue du pouvoir de dépenser influe sur son inconstitutionnalité.

### **C. Pouvoir fédéral de dépenser**

La présente section consiste, dans un premier temps, à mettre en évidence les principes du droit actuel concernant l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser. Par la suite, nous analyserons la question de savoir si la *Loi canadienne sur la santé* est conforme à ces principes. En procédant ainsi, nous serons en mesure de constater l'incidence de ce pouvoir dans l'évaluation de la validité constitutionnelle de cette loi fédérale. Commençons d'abord par un bref aperçu doctrinal de cette notion.

Brun et Tremblay nous disent «[qu']un ordre de gouvernement peut dépenser pour des matières qui relèvent de l'autre ordre de gouvernement, dans la mesure où, ce faisant, il ne légifère pas relativement à ces matières, ne les réglemente pas, ne les régit pas».<sup>110</sup> Ceci suppose une distinction entre l'État-législateur et l'État-gestionnaire. Le premier, en tant que dépositaire de la souveraineté, légifère, réglemente et modifie le droit. Ses pouvoirs doivent s'exercer à l'intérieur de ses compétences constitutionnelles. En revanche, en tant que gestionnaire de l'État, le gouvernement peut contracter et commercer comme toute personne morale ou physique : il ne s'agit pas là d'activités législatives. Il peut dépenser de l'argent dans des domaines hors de sa

---

110. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 13, p. 511.

compétence. Il le fait par des lois de crédit votées en vertu des articles 102, 106 et 126 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.<sup>111</sup> À titre d'exemple, le Québec possède des délégations un peu partout sur la planète alors que la réglementation des affaires extérieures relève du fédéral. C'est également par ce même mécanisme qu'Ottawa subventionne le système d'assurance-maladie des provinces. Il est admis que le pouvoir de dépenser peut être assorti de conditions. Cependant, elles ne doivent pas être trop contraignantes. Le professeur Chevrette est d'avis qu'une «loi de dépense, devenue loi de réglementation, sera invalide».<sup>112</sup>

Pour sa part, Hogg voit les choses un peu différemment. En vertu de ce qu'il appelle «fiscal responsibility»,<sup>113</sup> chaque ordre de gouvernement doit dépenser le fruit de ses impôts à l'intérieur de ses compétences. Il considère cependant que cette théorie ne tient pas compte des disparités fiscales entre les provinces. Certaines d'entre elles ont des revenus d'impôts et de taxes moins élevés. Sans la contribution du fédéral, ces provinces économiquement faibles devraient taxer davantage, ou du moins se contenter de services publics moins développés. Pour contrer ce déséquilibre et dans un souci de juste redistribution de la richesse à l'ensemble des citoyens canadiens, le gouvernement fédéral verse aux provinces des sommes d'argent sans condition. C'est ce qu'on identifie comme étant les paiements de péréquation. D'un autre côté, toujours selon Hogg, ces paiements ne sont pas l'unique moyen d'atténuer les inégalités inter-provinciales. Il y a également «[the] implicit equalization».<sup>114</sup> Nous pourrions traduire librement cette expression par «péréquation implicite». Hogg fait ici référence au pouvoir de dépenser.

Le gouvernement fédéral peut, selon lui, verser aux provinces des subventions assorties de conditions, «including conditions it could not directly legislate».<sup>115</sup> Il estime comme tout à fait approprié que le fédéral utilise ainsi

---

111. *Id.*

112. François CHEVRETTE, «Contrôler le pouvoir fédéral de dépenser : un gain ou un piège?», dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech : points de vue juridiques et politiques*, Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 153, à la page 156.

113. P. W. HOGG, *op. cit.*, note 73, p. 6-16.

114. *Id.*, 6-17.

115. *Id.*, 6-18.

son pouvoir de dépenser. Il juge que ces conditions ne s'imposent pas obligatoirement aux provinces. Seules celles qui décident volontairement d'obtenir les subventions y sont soumises. Rien ne les oblige à accepter ces subsides fédéraux. Cela signifie, selon Hogg, que l'exercice de ce pouvoir n'est pas de légiférer sur une matière provinciale, mais plutôt de verser de l'argent aux provinces pour qu'elles puissent mettre en œuvre des services à la population. Selon cet auteur, la péréquation implicite trouve son assise juridique à l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.<sup>116</sup> Cette disposition mentionne que chaque Canadien doit avoir des services publics essentiels de qualité comparable, en ayant un taux d'imposition comparable. C'est donc le pouvoir fédéral de dépenser qui permet d'atteindre cet objectif. Ce court exposé des deux théories étant complété, regardons maintenant l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle sur ce sujet.

#### a) **État actuel du droit**

En 1988, la Cour d'appel de l'Alberta<sup>117</sup> est appelée à trancher, pour la portion du jugement qui nous intéresse, un litige où le pouvoir de dépenser est en cause. Dans cette affaire, le demandeur-appelant allègue que le gouvernement du Canada ne peut envahir un champ de compétence provinciale par ses subventions conditionnelles. Il soutient que les lois de dépense, parmi elles la *Loi canadienne sur la santé* et la *Loi sur les arrangements fiscaux*, sont *ultra vires* des pouvoirs du Parlement fédéral.

---

116. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11) art. 36. Cette disposition se lit comme suit : «Sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer, le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux, s'engagent à : a) promouvoir l'égalité des chances de tous les Canadiens dans la recherche de leur bien-être; b) favoriser le développement économique pour réduire l'inégalité des chances; c) fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels. (2) Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables.»

117. *Winterhaven stables ltd. v. Canada (Attorney General)*, 91 A.R. 114 (C.A.).



Le juge Irving, au nom de la Cour, reconnaît que le mécanisme du pouvoir de dépenser force les provinces à adopter des lois en accord avec les standards fédéraux. Toutefois, nous dit-il, la constitutionnalité des lois de dépense n'est pas tributaire de cette ultime conséquence. Ces lois fédérales ne prévoient rien de plus qu'une aide financière subordonnée au respect de certaines conditions. Ces dernières, qui font foi de normes nationales, ne sont pas des règles juridiques auxquelles doivent obéir toutes les provinces sans distinction. Elles sont plutôt accessoires à la subvention. C'est-à-dire qu'une province doit obligatoirement s'y soumettre uniquement si elle accepte l'aide financière. En cas de refus, les conditions fédérales n'affectent nullement sa compétence en la matière. Dans ce contexte, le gouvernement fédéral n'a aucun pouvoir juridique de contraindre les provinces à respecter les normes nationales.

En d'autres mots, toujours selon l'interprétation de la Cour, le gouvernement d'Ottawa n'a pas la capacité juridique d'assujettir les provinces aux normes nationales. En conséquence, son pouvoir de dépenser devient purement et simplement un incitatif financier afin d'encourager les provinces à opter volontairement pour les normes pan-canadiennes. Il semble, selon le tribunal, que rien n'empêche le fédéral d'utiliser son pouvoir de dépenser de cette manière. À ce sujet, le juge précise que «the constitution does not proscribe those incentives or economic pressure».<sup>118</sup> Le fédéral peut ainsi utiliser son pouvoir financier pour inciter les provinces à légiférer en conformité avec les règles de la *Loi canadienne sur la santé*. Par la suite, la Cour fait ressortir un autre élément confirmant la validité des lois de dépense en litige.

Le tribunal rappelle que depuis plusieurs années le fédéral et les provinces collaborent pour financer les services publics. La structure actuelle des programmes à frais partagés est le fruit d'accords entre les deux ordres de gouvernement. Cette coopération, nous fait savoir le tribunal, est constitutionnalisée à l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.<sup>119</sup> Ce qui fait dire à la Cour que ces rapports consensuels témoignent d'une volonté commune d'atteindre les objectifs fixés par cette disposition constitutionnelle. On va même plus loin en précisant que les subventions conditionnelles sont une

---

118. *Id.*, 131.

119. Précitée, note 116.

caractéristique intrinsèque du système fédéral canadien.<sup>120</sup> Finalement, le juge Irving, reprenant les propos du juge de première instance, évalue la constitutionnalité des lois à l'étude de la manière suivante :

«(1) In my view the legislation under review is not legislation in relation to provincial matters of health, post-secondary education and welfare but *legislation to provide financial assistance to provinces to enable them to carry out their responsibilities.*

(2) Parliament has the authority to legislate in relation to its own debt and its own property. It is entitled to spend the money that it raises through proper exercise of its taxing power in the manner that it choses to authorize. *It can impose conditions on such disposition so long as the conditions do not amount in fact to a regulation or control of a matter outside federal authority. The federal contributions are now made in such a way that they do not control or regulate provincial use of them. As well there are opting out arrangements that are available to those province who choose not to participate in certain shared-cost programs.*»<sup>121</sup> (Nos italiques)

L'alternative juridique d'accepter ou de refuser l'aide financière fédérale nous paraît être l'élément déterminant pour la Cour. La liberté des provinces d'adhérer ou non aux programmes à frais partagés semble valider l'ensemble du mécanisme du pouvoir de dépenser. Nous comprenons de la décision que les conditions rattachées à l'aide fédérale ne peuvent constituer une immixtion dans un champ de compétence provinciale. Celles-ci s'appliquent aux provinces qui décident de les incorporer à leur corpus législatif. C'est un choix tout à fait volontaire. Les gouvernements provinciaux sont entièrement libres de légiférer en conformité aux normes fédérales. Ainsi, le tribunal considère que les contributions d'Ottawa sont faites de façon «that they do not control or regulate

---

120. *Winterhaven stables ltd. v. Canada (Attorney General)*, précité, note 117, 131. Le juge Irving mentionne : «To hold that conditions cannot be imposed would be an invitation to discontinue federal assistance to any region or province, destroying an important feature of Canadian federalism.».

121. *Id.*, 132.

provincial use of them». <sup>122</sup> Avec déférence, nous sommes en désaccord avec cette exégèse de la Cour.

La position de la Cour d'appel de l'Alberta va totalement à l'encontre de notre critique développée plus haut. Nous avons explicitement démontré que dans les faits la pression politico-économique oblige les provinces à accepter les subventions conditionnelles. Cet aspect n'est pas reconnu dans ce jugement. Le tribunal ne se préoccupe pas de cet élément. Au contraire, il prend soin de préciser que la Constitution n'interdit pas le recours aux pressions économiques ou aux incitatifs financiers. Il est vrai que les provinces ont théoriquement le choix d'opter pour les normes fédérales. Mais, nous l'avons vu plus haut, elles sont économiquement réduites à acquiescer aux normes nationales qui accompagnent les subsides fédéraux. Ainsi, la législation fédérale a pour conséquence de contrôler et de régir une matière hors de son champ de compétence.

À notre avis, la faiblesse du raisonnement de la Cour réside dans l'omission de prendre en compte «le résultat réel ou prévu de l'application» <sup>123</sup> du texte législatif. C'est ce que le juge Sopinka appelle, dans l'arrêt *Morgentaler*, l'effet pratique de la loi.

L'uniformisation des systèmes provinciaux d'assurance-maladie à travers le Canada est, selon nous, l'effet pratique de la *Loi canadienne sur la santé*. Le tribunal n'évalue pas cet aspect de la question. Il se contente d'analyser les lois en litige uniquement sous l'angle de leur effet juridique. Nous croyons qu'il s'agit d'un examen trop légaliste. À notre avis, la Cour oublie de mettre en évidence un élément nécessaire à la bonne compréhension de l'impact de l'utilisation du pouvoir de dépenser. Selon nous, c'est cette absence de prise en considération de l'effet pratique qui amène la Cour d'appel de l'Alberta à prendre une telle attitude vis-à-vis du problème qui lui est soumis. Ce silence sur l'effet pratique des lois de dépense en cause nous force à mettre un bémol sur la valeur et la pérennité de cette interprétation du tribunal albertain. Ainsi, nous croyons que ce jugement peut difficilement s'appliquer à notre sujet d'étude.

---

122. *Id.*

123. *R. c. Morgentaler*, précité, note 31, 486.

Pour terminer au sujet de ce jugement, nous aimerions faire une réflexion sur un autre argument soulevé par la Cour. Il s'agit de l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous ne croyons pas que cette disposition puisse, dans tous les cas, confirmer la légalité de l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser. Elle est subordonnée à la répartition des pouvoirs constitutionnels. C'est-à-dire que la réalisation de l'objectif fixé à cet article doit se faire dans le respect du partage des compétences. D'ailleurs, l'article 36 lui-même fait clairement état de ce principe en mentionnant *in limine* : «Sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer, le Parlement et les législatures, ainsi que les gouvernements fédéral et provinciaux, s'engagent à : [...]»<sup>124</sup> On ne peut donc pas déroger à un principe de la Constitution afin de remplir l'engagement de l'article 36. La Constitution doit être observée de façon intégrale. Ainsi, nous sommes persuadé que l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser, qui constituerait une intervention législative dans un champ de compétence provinciale, ne pourrait être validé par cette disposition. De plus, le consentement des deux ordres de gouvernement à l'usage de ce pouvoir ne supprime pas, à notre avis, le devoir de respecter intégralement la Constitution.

D'un autre côté, il nous semble évident que l'équité fiscale prônée par l'article 36 est conditionnelle à la participation de toutes les provinces, sans aucune exception, aux programmes fédéraux à frais partagés. Sans cette adhésion unanime, l'équité fiscale devient irréalisable. Une province n'acceptant pas l'aide financière fédérale ne peut se procurer les mêmes services publics aux mêmes coûts. Cet argument démontre que les provinces, pour tenter de répondre aux exigences de cette disposition constitutionnelle, n'ont pratiquement pas le choix de s'associer au Gouvernement d'Ottawa. Pour contourner ce problème, il faudrait prévoir un droit de retrait avec compensation financière. Regardons maintenant l'attitude de la Cour suprême du Canada face au pouvoir de dépenser.

En 1989, dans la cause *YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown*,<sup>125</sup> la Cour suprême se penche sur une question touchant le pouvoir

---

124. *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 116, art. 36.(1).

125. [1989] 1 R.C.S. 1532 (ci-après *YMHA*).

fédéral de dépenser. Il faut d'abord noter que, dans cette décision, le contexte dans lequel s'applique le pouvoir de dépenser est différent de celui de notre sujet d'étude. C'est-à-dire que la subvention conditionnelle fédérale est versée à des individus et des organismes privés, et non aux gouvernements des provinces. Ce qui fait en sorte que les accrocs à l'autonomie législative provinciale sont moins perceptibles. Il y a tout de même des enseignements à retenir de ce jugement.

Dans cette affaire, le gouvernement fédéral tente, par le financement de projets créateurs d'emplois, de favoriser le retour au travail de chômeurs. De façon concrète, il subventionne le projet en lui-même ainsi qu'une partie du salaire des personnes embauchées. Dans ce dernier cas, la subvention salariale s'opère par la continuation du versement des prestations d'assurance-chômage, laissant ainsi au futur employeur le soin de payer uniquement le complément de la rémunération. Le YMHA, à titre d'employeur, embauche donc des chômeurs pour effectuer des travaux de rénovation à ses locaux. Le litige surgit au moment où il y a mésentente sur les conditions de travail qui s'appliquent aux employés. La question que se pose alors la juge L'Heureux-Dubé, au nom de la majorité, est de savoir «si un programme de création d'emplois subventionné par le gouvernement fédéral peut empiéter sur la compétence d'une province en matière de relations de travail».<sup>126</sup>

La juge L'Heureux-Dubé établit d'abord que le programme fédéral d'aide à l'emploi découle du pouvoir de dépenser. Par la suite, elle s'interroge sur les limites de l'exercice de ce pouvoir. À cet effet, Madame la juge note, en paraphrasant une opinion doctrinale,<sup>127</sup> que le pouvoir de dépenser «peut être exercé du moment que cela ne constitue pas essentiellement de la législation relative à un sujet de compétence provinciale».<sup>128</sup> Ce principe établi, la Cour doit décider si le pouvoir de dépenser, tel qu'exercé en l'espèce, constitue de la législation dans un domaine provincial.

Selon le tribunal, l'exercice du pouvoir de dépenser, sous forme d'aide financière au projet du YMHA, ne constitue pas de la législation en matière de

---

126. *Id.*, 1535.

127. Gérard LA FOREST, *The allocation of taxing power under the canadian constitution*, 2nd ed. Toronto : canadian tax foundation, 1981, p. 45.

128. *YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown*, précité, note 125, 1549.

relations de travail. À ce sujet, la juge L'Heureux-Dubé mentionne que «le seul fait de dépenser des fonds fédéraux ne peut faire relever de la compétence fédérale un sujet qui relève par ailleurs de la compétence provinciale».<sup>129</sup> Cela signifie donc que le fédéral peut subventionner des projets de création d'emplois dans tout domaine, sans se borner à intervenir seulement à l'intérieur de son champ de compétence constitutionnelle. Pour étayer sa pensée, le plus haut tribunal canadien émet le commentaire suivant au sujet de l'interprétation du pouvoir fédéral de dépenser.

«Bien que le Parlement soit toutefois *libre* d'offrir des subventions sous réserve des restrictions qu'il juge appropriées, la décision d'accorder une subvention dans un domaine particulier ne doit pas être interprétée comme une intention de réglementer tous les aspects connexes de ce domaine. Par conséquent, il ne faudrait pas, *en l'absence d'autres éléments de preuve*, interpréter la décision d'accorder une subvention à un organisme comme le YMHA pour un projet créateur d'emplois comme une intention de soustraire le projet à la compétence provinciale en matière de droit du travail.»<sup>130</sup> (Nos italiques)

Dans ce passage, la Cour affirme sans ambages que le pouvoir de dépenser, en tenant compte des conditions qui y sont rattachées, s'exerce tout à fait librement. Du même souffle, elle nous met en garde contre la tentation de faire un lien entre l'usage de ce pouvoir et l'intention du fédéral de réglementer une compétence provinciale. La juge L'Heureux-Dubé statue que le versement d'une subvention conditionnelle dans un secteur spécifique ne présume pas l'intention du législateur fédéral de régir ce secteur. Nous comprenons de ce raisonnement que la finalité première du pouvoir fédéral de dépenser est de mettre des sommes d'argent à la disposition des individus, des organismes privés et, dans le cas du sujet principal qui nous occupe, des gouvernements provinciaux afin qu'ils puissent assumer la mise en oeuvre de leur propre compétence constitutionnelle.

---

129. *Id.*

130. *Id.*

Somme toute, le commentaire de la Cour nous laisse sous l'impression qu'il faut d'abord évaluer l'action du gouvernement fédéral, eu égard à son pouvoir de dépenser, en fonction d'une intention de donner de l'argent aux provinces et non d'un penchant à vouloir légiférer sur une compétence provinciale. En partant de ce principe, nous pouvons croire que le tribunal désire démontrer que l'utilisation de ce pouvoir fait naître une sorte de présomption à l'effet que la seule intention du gouvernement fédéral est de fournir une aide financière, sans plus. Cependant, cette «pseudo-présomption» n'est pas, selon nous, irréfutable. Nous croyons que la Cour ne réfute pas totalement l'idée qu'il soit possible que l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser ait pour objectif de réglementer un domaine de compétence provinciale.

Pour appuyer notre hypothèse, nous prenons pour preuve la citation ci-haut. La juge L'Heureux-Dubé y précise expressément que la subvention au *YMHA* ne dénote pas une intention du fédéral de mettre sous sa gouverne le projet de création d'emplois, «en l'absence d'autres éléments de preuve». <sup>131</sup> À notre avis, ce dernier membre de phrase ouvre la voie à une démonstration que l'utilisation du pouvoir de dépenser, dans les cas où il s'agit d'une législation régissant un domaine hors de sa juridiction, crée une situation où le fédéral s'accapare la faculté de réglementer indirectement un champ de compétence qui n'est pas le sien. Avec cette preuve, les tribunaux sont en mesure de constater que le pouvoir de dépenser est détourné de sa finalité première. Dans ces circonstances, le pouvoir fédéral de dépenser n'est plus un simple mécanisme de transfert d'argent du fédéral vers les provinces, mais plutôt un instrument pour réglementer un domaine de compétence de l'autre ordre de gouvernement. Nous croyons que cette prise de position de Madame la juge démontre que ces situations peuvent être sanctionnées par les tribunaux. En conséquence, nous voyons que la Cour se préoccupe de l'effet pratique du pouvoir fédéral de dépenser.

Notre interprétation globale de la décision nous amène à penser que la Cour suprême reprend, d'une manière un peu différente, l'argumentation du jugement *Winterhaven stables ltd. v. Canada (Attorney General)*. <sup>132</sup> Par sa

---

131. *Id.*

132. Précité, note 117.

démonstration, la juge L'Heureux-Dubé semble identifier une distinction juridique entre la volonté d'attribuer une subvention conditionnelle et celle de réglementer un domaine hors de compétence. Pour exécuter la première, le législateur fédéral use de son pouvoir de dépenser. Pour faire la seconde, il procède par une loi de réglementation. C'est ainsi que l'offre de subventions conditionnelles n'affiche pas une intention de régir une compétence provinciale, car les modalités qui y sont rattachées ne sont pas des règles obligatoires contrairement à ce qu'est une loi. Là où Madame la juge L'Heureux-Dubé se démarque de la cause *Winterhaven*, c'est qu'elle ne néglige pas de tenir compte de l'effet pratique de l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser. C'est donc une conclusion importante que nous devons retenir de cette décision de la Cour suprême du Canada. Cette dernière étoffe davantage son opinion sur le pouvoir de dépenser dans la décision suivante.

En 1991, la Cour suprême, dans la cause sur le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*,<sup>133</sup> commente, de manière subsidiaire, des arguments soulevés par les parties concernant le pouvoir fédéral de dépenser. Dans cette affaire, le coeur du litige porte sur les coupures des subventions conditionnelles fédérales destinées au financement des systèmes provinciaux d'assistance sociale. Les provinces touchées par ces réductions revendiquent auprès du fédéral, le droit d'obtenir le plein montant des subventions prévues au *Régime d'assistance publique du Canada*.<sup>134</sup> Cette loi permet au gouvernement fédéral, suivant une entente conclue entre les deux gouvernements, de verser à une province une subvention couvrant cinquante pour-cent (50%) des frais de son système d'assistance sociale. Dès 1967, toutes les provinces canadiennes en viennent à une entente avec le fédéral à ce sujet.

Le *Régime* soumet l'obtention de la subvention au respect de certaines conditions. Hormis ces dernières, les provinces ont tout de même la liberté d'établir les programmes à offrir et de déterminer les sommes qu'elles désirent y investir.<sup>135</sup> Au plan statistique, la Cour nous dit que le total des subventions versées aux provinces en vertu du *Régime* est passé de 151 millions de dollars

---

133. [1991] 2 R.C.S. 525.

134. S.C. 1966-67, ch.45, devenue par la suite L.R.C. (1985) ch. C-1. (Pour la suite du travail, nous la citerons sous le nom de *Régime*, sans constamment répéter la référence).

135. *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, note 133, 533.



en 1967-1968 à un montant estimé à 5,5 milliards de dollars pour les années 1989-1990. C'est devant ce chiffre pour le moins imposant et le déficit budgétaire auquel il fait face que le gouvernement fédéral décide, en 1990, de limiter ses subventions en rapport avec ce programme.

À cet effet, le fédéral adopte la *Loi sur la compression des dépenses publiques*.<sup>136</sup> Celle-ci met de l'avant un mécanisme permettant au gouvernement fédéral de freiner l'augmentation des déboursés qu'il doit assumer suivant l'application du *Régime*. Cette limitation affecte seulement les provinces les plus riches. En l'occurrence, il s'agit de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de l'Ontario. Même si elles ne sont pas directement touchées par cette loi, le Manitoba et la Saskatchewan interviennent dans cette cause pour faire valoir leur point de vue.

D'emblée, le juge Sopinka, pour la Cour, reconnaît que le pouvoir de dépenser permet au fédéral de verser aux provinces des fonds «pour qu'elles s'en servent dans des domaines de compétence provinciale».<sup>137</sup> En contrepartie cependant, le procureur général du Manitoba allègue que ce pouvoir, tel qu'exercé en l'espèce, excède la compétence du gouvernement fédéral. Au soutien de sa prétention, le gouvernement manitobain expose son argumentation de la façon suivante : un accord conclu en vertu du *Régime* donne droit à une province de recevoir de l'aide financière dans l'un de ses domaines de compétence. De ce fait, toute modification au *Régime* provoque des répercussions sur la mise en oeuvre de cette compétence provinciale. Ainsi, le fédéral, par l'intermédiaire de la *Loi sur la compression des dépenses*, réglemente de façon déguisée une compétence provinciale et, du même coup, excède ses compétences législatives. Le tribunal rejette cet argument. Il nous dit que la *Loi sur la compression des dépenses* est uniquement un outil que se donne le gouvernement fédéral pour réduire sa charge financière. Cette loi ne peut constituer «une tentative déguisée et indirecte de réglementer des domaines de compétence provinciale».<sup>138</sup>

---

136. L.C. 1991, ch. 9. (Pour la suite du travail, nous la citerons sous le nom de *Loi sur la compression des dépenses*, sans constamment répéter la référence).

137. *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, note 133, 564.

138. *Id.*, 566.

Pour compléter ses observations, le juge Sopinka fait le commentaire suivant concernant la validité constitutionnelle de la *Loi sur la compression des dépenses*. L'extrait est un peu long mais sa teneur nous invite à le citer en entier.

“

la loi en cause, (Traduction) “revient à” réglementer un domaine qui ne relève pas de la compétence fédérale. Je ne partage pas cet avis. *L'accord conclu en vertu du **Régime** établissait un système flexible de partage des coûts qui laissait à la Colombie-Britannique le soin de décider quels programmes elle mettrait sur pied et financerait. Le simple refus de verser des fonds fédéraux jusque-là accordés pour financer une matière relevant de la compétence provinciale ne revient pas à réglementer cette matière.* À plus forte raison, ce n'est pas le cas lorsque, comme en l'espèce, la nouvelle loi se borne à limiter l'accroissement des contributions fédérales. Au cours des plaidoiries, l'avocat a dit que la **Loi sur la compression des dépenses publiques** (Traduction) “a des répercussions sur un droit constitutionnel” qui échappe à la compétence du Parlement. C'est sans doute vrai, mais la Loi n'est pas inconstitutionnelle pour autant. De simples “répercussions”, prises isolément, ne sont manifestement pas suffisantes pour conclure qu'une loi empiète sur la compétence de l'autre palier de gouvernement.”<sup>139</sup> (Nos italiques)

Tout comme il peut donner, le fédéral peut retirer sa subvention au financement d'une matière de compétence provinciale, sans pour cela excéder ses pouvoirs. Mais il faut bien voir que l'ensemble du raisonnement de la Cour s'appuie sur le fait que le *Régime* est «un système flexible de partage des coûts».<sup>140</sup> En d'autres mots, nous croyons que le juge Sopinka considère le *Régime* comme une loi fédérale non-contraindante vis-à-vis des provinces. Les conditions liées à la subvention n'entravent pas la liberté provinciale de légiférer dans leur domaine de compétence. C'est du moins ce que semble nous dire le tribunal. Dans ces circonstances, le *Régime* et la *Loi sur la compression des dépenses* sont respectivement loi de dépense et loi d'«économie», et non des lois de réglementation. Ce sont des lois qui ont pour seul but d'allouer ou de retirer des subventions aux provinces. Elles sont une procédure fédérale de

---

139. *Id.*, 567.

140. *Id.*

participation aux coûts du système provincial d'aide sociale. Les *répercussions* de la *Loi sur la compression des dépenses*, qualifiées de *simples* par le juge Sopinka, ne le convainquent pas qu'elle est une loi fédérale qui réglemente indirectement une compétence provinciale. C'est à notre avis ce qui distingue le cas en l'espèce de notre sujet d'étude.

À notre avis, nous ne pouvons pas qualifier de «simples» les répercussions provoquées par la *Loi canadienne sur la santé* sur la compétence provinciale en matière d'assurance-maladie. Comme nous l'avons vu plus haut, la loi prévoit les actes médicaux à fournir, les personnes à qui ils s'appliquent, l'accessibilité, l'universalité et l'intégralité du système provincial d'assurance-maladie, etc. Nous sommes loin du *Régime* de la présente cause qui «laisse aux provinces le soin de déterminer quels programmes seront offerts et quelles sommes y seront affectées.»<sup>141</sup> Pour cette raison, nous sommes porté à croire que la présente décision ne peut servir de précédent pour accréditer la thèse que l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser est valide dans le cas de l'assurance-maladie.

Pour terminer avec cette décision, il nous faut citer la réponse que donne la Cour à une partie en cause qui lui demande de contrôler le pouvoir fédéral de dépenser, afin d'assurer aux provinces l'autonomie législative dans leurs domaines de compétence. Le juge Sopinka affirme à cet égard que :

«La surveillance du pouvoir de dépenser ne constitue cependant pas un sujet distinct de contrôle judiciaire. Si une loi n'est ni inconstitutionnelle ni contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux n'ont nullement compétence pour surveiller l'exercice du pouvoir législatif.»<sup>142</sup>

Nous voyons dans ce passage l'attitude que doit adopter les tribunaux concernant le contrôle judiciaire du pouvoir de dépenser. La Cour semble d'avis que notre droit constitutionnel ne prévoit pas de mécanisme spécifique à ce sujet. Le pouvoir fédéral de dépenser est plutôt contrôlé par l'analyse habituelle de la validité d'une loi contestée. Analyse faite en fonction des impératifs des

---

141. *Id.*, 533.

142. *Id.*, 567.

textes législatifs fondamentaux. Le juge Sopinka fait ici référence au partage des compétences constitutionnelles et des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*.<sup>143</sup> Le processus n'est donc pas différent qu'il s'agisse de vérifier la validité d'une loi ou la légalité de l'utilisation du pouvoir de dépenser.

À notre avis, la Cour considère que le pouvoir fédéral de dépenser est automatiquement contrôlé lorsque la constitutionnalité d'une loi est évaluée. Par exemple, une loi issue de ce pouvoir sera inconstitutionnelle si elle déroge aux principes du partage des compétences ou de la *Charte*. De cette façon, ses effets sont sanctionnés même si le pouvoir de dépenser n'est pas l'objet d'une attention particulière. Au surplus, nous pensons que le juge Sopinka tente de nous dire, de façon sous-entendue, que les tribunaux n'ont pas à se préoccuper de la sagesse ou l'opportunité de l'usage de ce pouvoir. Ils doivent uniquement en vérifier la légalité constitutionnelle. Il est vrai que dans certains cas le recours à ce pouvoir soit politiquement répréhensible, mais le système judiciaire n'a pas pour tâche de juger de la convenance de son utilisation.

Permettez-nous finalement d'aborder un dernier jugement où la Cour suprême du Canada émet quelques commentaires en rapport avec le pouvoir fédéral de dépenser. Dans l'affaire *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*,<sup>144</sup> le *Régime* est, comme dans la cause précédente, la loi au centre du litige. Il nous paraît inutile de présenter un résumé complet des faits en l'espèce car les remarques de la Cour, au sujet du pouvoir fédéral de dépenser, sont des *obiter dicta* qui n'ont aucun lien avec les questions en litige. Le tribunal se permet ces digressions du côté du pouvoir fédéral de dépenser en raison de sa manifestation à travers le *Régime*.

D'abord la juge McLachlin, au nom des juges dissidents,<sup>145</sup> livre une opinion non contestée à l'égard du *Régime*. Elle mentionne que :

---

143. Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.U., c.11)]. (Pour la suite du travail, nous la citerons sous le nom de *La Charte*, sans constamment répéter la référence).

144. [1993] 1 R.C.S. 1080.

145. Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents.

«Ce régime, comme la plupart des accords de partage de frais intervenus entre le gouvernement fédéral et les provinces, est essentiellement de nature coopérative. Les provinces peuvent participer; elles ne sont pas tenues de le faire.»<sup>146</sup>

Ici refait surface l'argument à l'effet que les provinces sont libres d'adhérer aux programmes fédéraux à frais partagés. Nous avons précédemment mis en doute cette hypothèse. Nous mentionnions alors qu'il est vrai qu'au plan purement juridique les provinces ont le plein pouvoir de décider de participer aux accords de partage des coûts avec le gouvernement fédéral. Cependant, en règle générale, les gouvernements provinciaux sont contraints financièrement et politiquement de coopérer avec le fédéral. C'est sous cet angle que la déclaration du juge McLachlin est sujette à caution.

Nous devons dire, à la décharge du juge McLachlin, que son commentaire n'est pas le fruit d'un examen approfondi de la problématique. Selon nous, son analyse est très sommaire. Nous en prenons pour preuve le commentaire qui fait suite à son interprétation des conditions auxquelles doivent répondre les systèmes provinciaux d'assistance sociale pour être admissibles aux subventions du *Régime*. Elle nous dit :

«En tirant ces conclusions, je n'ai pas tenu compte des limites, s'il en est, qu'impose la Constitution au pouvoir fédéral de dépenser. *Cette question n'a pas été soulevée devant nous et, à mon avis, il y a lieu d'attendre une autre occasion pour la trancher.*»<sup>147</sup> (Nos italiques)

Consciemment, Madame la juge McLachlin ne va pas très loin dans son analyse du pouvoir de dépenser. Ce n'est pas l'objet du débat. Il faut donc mettre dans son contexte l'affirmation de la juge au sujet de la liberté des provinces de s'engager dans le mécanisme fédéral de frais partagés. Dans un autre ordre d'idée, force nous est de constater, à partir de la citation ci-haut, l'ouverture à une possible définition des frontières au-delà desquelles le pouvoir fédéral de dépenser ne peut aller. Nous remarquons que la juge ne se prononce pas précisément sur l'existence de limites constitutionnelles au pouvoir de dépenser.

---

146. *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, précité, note 144, 1104.

147. *Id.*, 1105.

Mais elle ne rejette pas pour autant cette éventualité. À notre avis, sans dire expressément que la Constitution impose des limites au pouvoir fédéral de dépenser, la juge McLachlin ne nie pas que cela soit possible. Nous pouvons ainsi conclure que l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser peut possiblement être restreint à l'intérieur d'un cadre défini par le droit constitutionnel.

Pour sa part, le juge Sopinka, au nom de la majorité, se borne à des considérations qui s'appliquent uniquement au cas à l'étude.<sup>148</sup> Ses observations portent spécifiquement sur le *Régime* et ses impacts sur la législation provinciale. À cet effet, il nous dit :

«Comme le fait remarquer la juge McLachlin, la participation du gouvernement fédéral repose entièrement sur son pouvoir de dépenser. À mon avis, compte tenu de la nature et des objets du [**Régime**], les conditions dont est assortie la contribution du gouvernement fédéral ne visent pas à édicter les termes précis de la législation provinciale. Au contraire, ces conditions visent à promouvoir les mesures législatives qui permettent de respecter, pour l'essentiel, les objectifs du [**Régime**]. C'est sous cet angle qu'il y a lieu d'aborder l'interprétation de cette loi et notamment les conditions énoncées à son article 6. *Toute ambiguïté dans le texte législatif devrait, autant que possible, être dissipée au moyen de l'interprétation qui respecte l'objectif global du [**Régime**].*»<sup>149</sup> (Nos italiques)

Aux yeux de la Cour, le *Régime* est un instrument qui vise non pas à dicter aux provinces la teneur de leur législation en matière sociale, mais plutôt à encourager celles-ci à atteindre les objectifs fixés par le fédéral. Cette prise de position du juge Sopinka à l'égard du *Régime* est semblable à celle qu'il adopte dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*.<sup>150</sup> Nous avons vu dans cette décision que le juge qualifie le *Régime* de *système flexible* qui ne vise pas à réglementer la compétence provinciale en matière d'assistance sociale. Nous avons alors démontré que nous ne pouvions pas en

---

148. Sur le pouvoir de dépenser, le juge Sopinka n'est pas contredit par les juges dissidents.

149. *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, précité, note 144, 1123-1124.

150. Précité, note 133. Pour relire les propos du juge Sopinka, voir la citation qui accompagne la note 139.

dire autant de la *Loi canadienne sur la santé*. Donc, ici comme dans la cause précédente, nous ne pouvons utiliser les principes énoncés par le juge Sopinka, à propos du *Régime*, comme modèle d'interprétation de la *Loi canadienne sur la santé*. À notre avis, tout ce que l'on peut retenir c'est que l'on doit analyser une loi de dépense, «*autant que possible*», en conformité avec ses objectifs.

En résumé, l'analyse de ces quatre décisions fait ressortir que le pouvoir fédéral de dépenser est une notion intégrante de notre droit constitutionnel. Il s'exerce cependant suivant certaines restrictions. Le temps est maintenant venu de faire la récapitulation de cette revue jurisprudentielle, pour faire ressortir l'essentiel de l'état actuel du droit sur le pouvoir de dépenser. Nous pourrions ainsi en soulever les enseignements importants et les appliquer à notre sujet d'étude.

**b) Application des principes jurisprudentiels à la *Loi canadienne sur la santé***

La jurisprudence indique que le pouvoir de dépenser ne fait pas l'objet d'une surveillance particulière.<sup>151</sup> Cela n'empêche pas qu'il soit tout de même sujet au contrôle des tribunaux. En procédant à l'évaluation constitutionnelle d'une loi issue de ce pouvoir, la Cour vérifie automatiquement si l'utilisation de celui-ci déroge aux principes du partage des compétences et de la *Charte*. D'une certaine façon, la juge L'Heureux-Dubé confirme cette déduction. Elle affirme que le pouvoir fédéral de dépenser ne peut-être utilisé que dans la mesure où il ne s'agit pas essentiellement d'une législation relative à un sujet de compétence provinciale.<sup>152</sup> C'est donc de cette manière que ce pouvoir, manifesté dans la *Loi canadienne sur la santé*, est soumis au contrôle judiciaire. À cet égard, nous avons conclu, à la section précédente, que cette loi est *ultra vires* des pouvoirs du Parlement fédéral. Ceci dit, il faut cependant voir si la méthode interprétative d'une loi issue du pouvoir de dépenser peut avoir une influence sur la constitutionnalité de la *Loi canadienne sur la santé*.

---

151. Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), précité, note 133, 567.

152. YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown, précité, note 125, 1549.

Nous avons relevé, à la section précédente, quelques balises à l'intérieur desquelles le pouvoir fédéral de dépenser doit s'exercer. D'abord, le juge Sopinka, dans la décision *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, nous indique qu'une loi de dépense contestée doit être interprétée en tenant compte, «autant que possible», de l'objectif global de celle-ci.<sup>153</sup> Il mentionne également que «de simples “répercussions”, prises isolément, ne sont manifestement pas suffisantes pour conclure qu'une loi empiète sur la compétence de l'autre palier de gouvernement».<sup>154</sup>

En tenant compte de notre analyse des rapports de commissions d'enquête, nous sommes persuadé que la *Loi canadienne sur la santé* n'a pas comme simple objectif de subventionner le système d'assurance-maladie des provinces. Elle vise plutôt à réglementer ce domaine de compétence provinciale. La mise en œuvre de cette loi fédérale démontre, de façon assez évidente, qu'elle a des répercussions importantes sur l'assurance-maladie. Elle dicte les normes que chaque province doit adopter à ce sujet. Elle a conduit à l'établissement d'un système d'assurance-santé uniforme à travers le Canada. C'était l'objectif ultime du législateur fédéral et il l'a atteint.

Ainsi, nous ne croyons pas que l'on puisse qualifier de «simples» les répercussions provoquées par la *Loi canadienne sur la santé*. De plus, même si nous tentons d'interpréter celle-ci en tenant compte, «autant que possible», de son objectif de subventionner les provinces, l'ensemble des éléments qui ont concouru à son adoption nous prouve que la *Loi canadienne sur la santé* a d'abord et avant tout pour but de régir un champ de compétence provinciale.

Toujours dans l'affaire *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*,<sup>155</sup> le juge Sopinka mentionne que les conditions pour obtenir une subvention, conformément au *Régime*, «ne visent pas à édicter les termes précis de la législation provinciale».<sup>156</sup> Ces conditions ont pour objet d'encourager

---

153. *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, précité, note 144, 1123.

154. *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, note 133, 567.

155. *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, précité, note 144.

156. *Id.*, 1123-1124.



financièrement les provinces à légiférer en fonction de critères fédéraux.<sup>157</sup> C'est une façon de faire qui ne semble pas interdit par la Constitution.<sup>158</sup> Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, la *Loi canadienne sur la santé* est beaucoup plus contraignante que le *Régime*. Il ne s'agit donc plus d'un incitatif, mais d'un moyen pour le gouvernement fédéral de légiférer dans un champ de compétence provinciale.

D'un autre côté, Madame la juge L'Heureux-Dubé fait valoir que la finalité première de ce pouvoir consiste à donner des subventions aux provinces. Nous ne devons pas voir dans l'utilisation de celui-ci une intention du gouvernement fédéral de réglementer un domaine hors de sa compétence.<sup>159</sup> Cependant, elle envisage comme possible que l'usage du pouvoir de dépenser soit détourné de cette finalité.<sup>160</sup> Et nous croyons que c'est ce qui arrive dans le cas de la *Loi canadienne sur la santé*.

Madame la juge L'Heureux-Dubé tient compte de l'effet pratique de l'utilisation du pouvoir fédéral de dépenser. Elle note que ce pouvoir «peut être exercé du moment que cela ne constitue pas essentiellement de la législation relative à un sujet de compétence provinciale».<sup>161</sup> Elle précise sa pensée en mentionnant que l'usage du pouvoir de dépenser ne démontre pas automatiquement une intention du fédéral de mettre sous sa gouverne une matière de compétence provinciale, «en l'absence d'autres éléments de preuve».

Dans le cas de la *Loi canadienne sur la santé* nous avons clairement exposé «d'autres éléments de preuve» qui établissent qu'elle est une législation concernant une compétence provinciale. Ainsi, elle ne respecte pas la finalité du pouvoir fédéral de dépenser. Nous croyons qu'elle ne cadre pas avec cette limite imposée par la jurisprudence.

- 
157. Voir l'opinion du juge Sopinka dans *Finlay c. Canada (Ministre des finances)*, précité, note 149.
158. *Winterhaven stables ltd. v. Canada (Attorney General)*, précité, note 117, 131.
159. *Winterhaven stables ltd. v. Canada (Attorney General)*, précité, note 117, 132; *YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown*, précité, note 125, 1549.
160. Voir notre analyse des propos Madame le juge L'Heureux-Dubé dans *YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown*, précité, note 125.
161. *YMHA Jewish community centre of Winnipeg inc. c. Brown*, précité, note 125, 1549.

En résumé, comme nous l'avons établi précédemment, *Loi canadienne sur la santé* constitue essentiellement de la législation relative à l'assurance-maladie. De plus, la jurisprudence actuelle sur le pouvoir de dépenser ne valide pas, selon nous, cette intrusion fédérale dans ce champ de compétence des provinces. À notre avis, la *Loi canadienne sur la santé* est inconstitutionnelle. En conséquence, nous croyons que l'interdiction fédérale imposée aux provinces concernant l'instauration d'un ticket modérateur dans leur système d'assurance-maladie n'est pas valide.

## CONCLUSION

Dans un premier temps, ce travail nous a permis d'établir, et ce sans l'ombre d'un doute, que les législatures provinciales possèdent la compétence constitutionnelle exclusive concernant l'imposition d'un ticket modérateur dans leur système d'assurance-maladie. En second lieu, nous avons conclu que la *Loi canadienne sur la santé*, à cause de son effet réglementaire sur les régimes provinciaux de santé et incidemment sur le ticket modérateur, est *ultra vires* des pouvoirs du Parlement fédéral. Ces constats amènent donc des réponses à nos interrogations formulées en introduction.

D'un autre côté, nous sommes conscient que ces conclusions peuvent susciter des remarques à caractère politique. Par exemple, nous imaginons que les autonomistes approuveront nos points de vue, et que les fédéralistes les réprouveront. Nous comprenons que l'assurance-maladie est considérée, par la classe dirigeante, comme un sujet à haute teneur politique avant d'en être un constitutionnel. Nous croyons cependant qu'il ne faut pas perdre de vue que ce système a pour objectif fondamental de procurer des soins de santé à la population. Il n'existe pas pour mousser quelque idéologie que ce soit. Que ce système recèle des éléments susceptibles de promouvoir le nationalisme, qu'il soit canadien ou québécois, ne devrait avoir, selon nous, aucune importance dans la recherche du palier de gouvernement qui doit le prendre en charge. Il faut s'en remettre uniquement aux prescriptions de la Constitution. Nous vivons dans un État où la règle de droit prédomine, et où le législateur ne peut pas faire indirectement ce que la loi lui interdit de faire directement.

Nous l'avons vu, le corpus législatif fédéral actuel pénalise financièrement une province qui veut pleinement exercer sa compétence constitutionnelle, en imposant un ticket modérateur dans son système d'assurance-maladie. Nous avons une alternative à cette situation conflictuelle. À la base, nous considérons que deux principes doivent, dans la mesure du possible, être respectés. Le premier est que tous les Canadiens et Canadiennes puissent avoir accès aux mêmes services de santé. Le second a trait à la juste redistribution de la richesse entre les provinces riches et les provinces pauvres. C'est-à-dire qu'une province économiquement faible doit pouvoir offrir à ses citoyens des services de soins de santé comme ceux qui sont offerts dans les provinces nanties.

Pour répondre au premier principe, toutes les provinces, en collégialité, devraient s'entendre sur une formule de système d'assurance-maladie qu'elles veulent avoir. Cette entente pourrait prévoir tous les aspects du régime (i.e. : services à offrir, type de gestion, personnes admissibles, modalités de financement, etc.). De cette façon, tous les citoyens du Canada auraient droit aux mêmes soins de santé. En ce qui concerne la juste redistribution de la richesse, c'est le fédéral qui, à même les impôts qu'il perçoit, verserait des subventions aux provinces en conformité avec l'entente qu'elles auraient conclue. L'intervention du fédéral serait uniquement de vérifier si la province, à qui il doit donner le subsidy, respecte les dispositions du contrat inter-provincial. Certains diront que ce mécanisme est pareil à celui qui existe actuellement. Nous ne le croyons pas. La différence réside dans le fait que les conditions de la subvention ne sont pas imposées par Ottawa, mais plutôt librement négociées par les provinces elles-mêmes. Tout ceci procéderait en accord avec la compétence constitutionnelle des législatures provinciales.

Nous savons que la conclusion d'une telle entente ne s'obtient pas facilement. Les consensus sont difficiles lorsqu'il y a autant d'intervenants et d'intérêts impliqués. L'esprit de compromission doit constamment régner. On ne devrait jamais oublier que l'amélioration de la qualité de vie de la population est l'essentielle et unique fonction d'un système d'assurance-santé. Par ailleurs, si cette proposition s'avère impossible à réaliser, laissons les provinces développer leur propre système de santé en espérant que l'émulation entre elles permettra aux personnes malades d'obtenir des soins médicaux de qualité et aux mêmes coûts, peu importe leur lieu de résidence.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** QUESTIONNEMENT SUR LA DÉNONCIATION D'UNE PIÈCE : PEUT-ELLE CONSTITUER UNE COMMUNICATION COMPLÈTE?

**Auteur(s) :** Jacques J. ANCTIL

**Revue :** RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 1

**Pages :** 195-208

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12860>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12860>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**QUESTIONNEMENT SUR LA DÉNONCIATION  
D'UNE PIÈCE : PEUT-ELLE CONSTITUER  
UNE COMMUNICATION COMPLÈTE?**

par Jacques J. ANCTIL\*

**SOMMAIRE**

<b>1.</b>	<b>L'expression «communication des pièces»</b> .....	198
1.1	Différentes significations de l'expression .....	199
1.2	La signification attribuée par le législateur .....	200
<b>2.</b>	<b>La communication des pièces dans les instances introduites par déclaration</b> .....	202
2.1	Les choix des parties .....	202
2.1.1	La partie qui communique son intention .....	202
2.1.2	La partie à qui est communiquée l'intention ....	203
2.2	Les délais pour exercer un choix .....	205
2.2.1	La partie qui communique son intention .....	205
2.2.2.	La partie à qui est communiquée l'intention ....	207
	<b>Conclusion</b> .....	207

---

1. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.



Le 12 mai 1994 le ministre de la Justice présentait le projet de loi 24,<sup>1</sup> lequel imposait l'«obligation aux parties de se communiquer mutuellement les pièces en leur possession»,<sup>2</sup> dans la mesure où elles entendaient les invoquer lors de l'audience, et établissait «les modalités suivant lesquelles cette communication [devait] s'opérer en tenant compte, notamment, des particularités des divers recours judiciaires».<sup>3</sup>

Les modalités de la communication, annoncées dans le projet de loi, variaient selon qu'il s'agissait, d'une part, d'une instance introduite par un bref ou une déclaration ou, d'autre part, d'une demande en cours d'instance ou d'une instance introduite par une requête. Les débats qui eurent lieu le 10 juin 1994 sur le projet de loi démontrent clairement que celui-ci, dans le cas de l'instance introduite par un bref ou une déclaration, n'obligeait qu'à dénoncer la pièce et que l'obligation d'en donner copie ne naissait que si une demande à cet effet était formulée par la partie adverse.<sup>4</sup>

À la question posée en titre, il nous semble que la réponse est indéniablement affirmative dans le cas des instances introduites par un bref ou par une déclaration. Tous ne sont cependant pas de cet avis : certains estiment en effet que la partie qui entend invoquer une pièce ne peut se contenter de la dénoncer

- 
1. Loi modifiant le Code de procédure civile, Projet de loi 24 (1994, chapitre 28).
  2. Journal des débats, Assemblée nationale, troisième session, trente-quatrième législature, vol. 33, No 22, page 881.
  3. Ibidem.
  4. On peut consulter, comme illustration le Journal des débats, Assemblée nationale, troisième session, trente-quatrième législature, vol. 33, No 35, pages 1758 à 1762, plus particulièrement à la page 1759 où le ministre de la Justice dit que «C'est pour ça que "la partie qui reçoit un avis de dénonciation peut, par écrit, demander une copie de ce que l'autre partie lui dénonce". Il faut qu'elle puisse prendre connaissance de la pièce» et à la page 1760 où le député d'Anjou déclare : «[...] parce que je comprends que l'avis de dénonciation, on n'obligera pas à envoyer une photocopie de la pièce. On n'a qu'à la dénoncer. D'accord? On n'a qu'à la dénoncer [...]».



mais doit obligatoirement en donner copie à la partie adverse,<sup>5</sup> même si aucune demande ne lui est présentée à cet effet.

Les articles 331.1 à 331.9 du Code de procédure civile étant maintenant en vigueur depuis plus d'un an, il nous apparaît opportun d'expliquer pourquoi nous répondons de la sorte à la question posée. Pour ce faire nous nous attarderons d'abord sur l'expression «communication des pièces». Ensuite, nous traiterons de la communication des pièces dans les instances introduites par déclaration.

### **1. L'expression «communication des pièces»**

Le chapitre I.1 du Titre V<sup>6</sup> du Livre II<sup>7</sup> du Code de procédure civile est intitulé «Des pièces». En insérant sous ce titre les articles 331.1 à 331.9, le législateur a voulu établir trois nouveaux mécanismes<sup>8</sup> concernant les pièces : le premier pour leur communication, le deuxième pour leur production et le troisième pour leur retrait ou leur destruction. Chacun de ces mécanismes fait l'objet d'une section particulière dans le chapitre.

Le mécanisme, qui nous intéresse dans la présente étude, est celui qui est prévu à la section I et qui porte comme titre «De la communication des pièces». Si on accepte l'idée qu'il s'agit d'un mécanisme, il serait imprudent de

---

5. Cette théorie est élaborée par le professeur Ducharme dans Léo DUCHARME, *L'administration de la preuve*, 2<sup>e</sup> édition, Montréal, Wilson et Lafleur ltée, 1995, pages 167 à 181. Voir par exemple au numéro 471 où il est écrit : «L'obligation de donner communication d'une pièce ayant fait l'objet d'un avis de dénonciation demeure une condition préalable à sa production à l'audience, et ce même en l'absence de toute demande de communication de la part des autres parties». Voir également au numéro 474 : «Dès qu'une partie dénonce son intention d'utiliser une pièce en preuve, elle est tenue d'en donner communication». Cette théorie semble avoir été suivie, quoique timidement, par l'auteur du cours sur la preuve à l'École de formation professionnelle, *Preuve et procédure*, volume 2, Collection de droit 1996-1997, Les Édition Yvon Blais Inc. Dans ce dernier cas voir par exemple à la page 253 : «Dans le cadre d'une action, les pièces sont dénoncées par avis puis remises à l'autre partie, ou sont simplement remises sans dénonciation.»

6. Titre V : Administration de la preuve et audition.

7. Livre II : Procédure ordinaire en première instance.

8. Le mot «mécanisme» est utilisé dans les notes explicatives du projet de loi.

donner à l'expression «communication des pièces» une signification inspirée de considérations étrangères à l'intention du législateur.

### 1.1 Différentes significations de l'expression

La démarche la plus naturelle pour trouver le sens de l'expression «communication des pièces» est de consulter les dictionnaires. Pour un, Le Robert Électronique définit ainsi l'expression en question :

«Dr. Communication des pièces : obligation imposée à toute partie dans un procès de soumettre aux autres parties les pièces dont elle fait état à l'appui de ses prétentions.»<sup>9</sup>

Cette définition est sans contredit valable dans un système juridique, tel le droit français,<sup>10</sup> où le législateur oblige à la soumission de la pièce. Elle sera valable chez nous en autant que le législateur québécois obligera à donner une copie de la pièce elle-même, question à laquelle nous tenterons de répondre dans les lignes qui suivent.

Toujours dans le but de trouver un sens à l'expression, on peut être tenté d'y voir une reproduction de la «communication de documents»,<sup>11</sup> procédure

---

9. Sous le mot communication dans Le Robert Électronique.

10. L'article 132 du Nouveau Code de procédure civile est à l'effet suivant : «La partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance.

La communication des pièces doit être spontanée.

En cause d'appel, une nouvelle communication des pièces déjà versées au débats de première instance n'est pas exigée. Toute partie peut néanmoins la demander.»

11. Règles et ordonnances générales de la Cour fédérale du Canada, Partie IV, Procédure en division de première instance, Chapitre A, Règles générales relatives aux actions ordinaires, Instruction, extraits de la Règle 494 :

«[...]

(7) Sauf instructions contraires de la Cour, ou sauf lorsque les autres parties ont renoncé au droit d'obtenir communication de documents ou ont consenti par écrit à ce que des documents soient utilisés en preuve, aucun document ne doit être utilisé en preuve par une partie à moins

a) qu'il ne soit mentionné dans les plaidoiries écrites, ou dans une liste ou un affidavit déposés et signifiés par la partie ou quelque autre partie à l'action;

b) qu'il n'ait été produit par l'une des parties, ou par quelques personnes interrogées pour le compte de l'une des parties, au cours d'un interrogatoire préalable;

tirée des Règles de la Cour fédérale. Mais encore là, le rapprochement ne sera utile que si le législateur québécois a exigé, comme il a été voulu dans le cas des règles fédérales, que la pièce ait été mentionnée dans les plaidoiries écrites, dans une liste ou dans un affidavit, et qu'en plus, elle ait été signifiée.

Nous pourrions continuer de la sorte à chercher différentes significations ou différents sens à l'expression «communication des pièces». Chacune de ces opérations se terminerait de toute façon par la seule question pertinente : quelle signification le législateur québécois a-t-il voulu donner à l'expression?

## **1.2 La signification attribuée par le législateur**

C'est à la section I, intitulée «De la communication des pièces» et regroupant les articles 331.1 à 331.6 du Code de procédure civile, que le législateur a expliqué les règles du mécanisme de communication des pièces.<sup>12</sup>

Le premier article indique la règle fondamentale à suivre en la matière :

Article 331.1 C.p.c. «La partie qui entend invoquer lors de l'audience une pièce en sa possession, qu'il s'agisse d'un élément matériel de preuve ou d'un document, y compris l'ensemble ou un extrait d'un témoignage, un rapport d'expertise ou un autre document visé aux articles 294.1, 398.1, 398.2 et 402.1, doit le communiquer à toute autre partie à l'instance, suivant les dispositions de la présente section.»

Ce que le législateur impose, c'est l'obligation pour celui qui entend invoquer une pièce d'informer les autres parties. Les deux principes établis à cet article sont les suivants : 1- la partie qui entend utiliser une pièce à l'audience doit informer la partie adverse de son intention; 2- cette information doit être réalisée suivant les dispositions des deux sous-sections incluses dans la section qui traite de la communication des pièces.

---

c) qu'il n'ait été produit par un témoin qui n'est pas, de l'avis de la Cour, sous le contrôle de la partie; ou  
d) qu'il ne soit un plan ou une photographie pour lequel on s'est conformé à l'exigence de la Règle 481.»

12. Nous verrons plus loin qu'il faudra aussi ajouter l'article 331.8 C.p.c. de même que le paragraphe 8 du premier alinéa de l'article 168 C.p.c.

On pourrait discourir longtemps pour savoir à quoi le législateur a voulu faire référence en utilisant l'expression «*doit le communiquer à toute autre partie*». Quand on analyse la phrase contenue à l'article 331.1 C.p.c., on constate que ce qui est contenu entre les deux membres de la phrase «*La partie qui entend invoquer lors de l'audience une pièce en sa possession ... doit le communiquer à toute autre partie à l'instance, suivant les dispositions de la présente section.*», constitue une double incise. Dans la première incise le législateur explique ce qu'il entend par «*une pièce en sa possession*», à savoir «*un élément matériel de preuve ou d'un document*» et, dans la deuxième, ce qu'il faut inclure dans le mot document, c'est-à-dire «*l'ensemble ou un extrait d'un témoignage, un rapport d'expertise ou un autre document visé aux articles 294.1, 398.1, 398.2 et 402.1*»

Il nous semble, par conséquent, que le mot «*le*» ne peut pas référer au mot «*pièce*» car il aurait alors fallu utiliser le mot «*la*». Le mot «*le*», dans ce contexte, est synonyme de «*cela*». Ainsi, le mot «*le*» fait référence au membre de phrase «*qui entend invoquer lors de l'audience une pièce en sa possession*».<sup>13</sup> La signification que le législateur a voulu attribuer à l'expression «communication de pièces» est donc l'obligation imposée à une partie, qui entend invoquer lors de l'audience une pièce en sa possession, de communiquer son intention à toute autre partie à l'instance.

Par ailleurs, que le mot «*le*» réfère au membre de phrase «*qui entend invoquer lors de l'audience une pièce en sa possession*», ou pour d'autres à l'«*élément matériel de preuve*» ou au «*document*», peu importe, le mécanisme qui devra être suivi pour faire la communication devra être celui prévu dans les articles subséquents de la section.

---

13. Dans L. DUCHARME, *L'administration de la preuve*, op. cit., note 5, l'auteur écrit au numéro 470 «C'est l'article 331.1 C.p.c. qui pose le principe selon lequel toute partie qui entend invoquer une pièce en sa possession à l'audience doit, à cette fin, en donner communication à toute autre partie». Il nous semble que l'expression «en donner communication» n'est pas conforme à ce qu'on retrouve dans l'article.

Comme on peut le constater à la lecture des articles 331.2 à 331.5 C.p.c., le législateur a voulu que cette communication se fasse d'une manière particulière pour les instances introduites par une déclaration.<sup>14</sup>

## **2. La communication des pièces dans les instances introduites par déclaration**

Le mécanisme de la communication des pièces donne des choix tant à la partie qui communique son intention qu'à celle à qui l'intention est communiquée. Par ailleurs, pour savoir dans quel délai doit se faire le choix, comme nous le verrons dans un deuxième temps, il faudra s'en remettre à d'autres règles que celles mentionnées dans la sous-section.

### **2.1 Les choix des parties**

Le législateur permet, à la partie qui doit communiquer son intention d'invoquer une pièce, de le faire de deux façons. À la partie qui reçoit cette communication, il permet trois réactions.

#### **2.1.1 La partie qui communique son intention**

La partie qui désire communiquer son intention d'invoquer une pièce peut le faire, soit en transmettant à l'autre partie un avis dans lequel elle dénonce la pièce, soit en remettant une copie de la pièce à l'autre partie. Cette façon de faire la communication, qui selon les termes de l'article 331.1 C.p.c. doit être faite «suivant les dispositions de la présente section», est prévue par les deux premiers alinéas de l'article 331.2.<sup>15</sup> Le troisième aliéna de cet article 331.2

---

14. Ces règles sont celles de la sous-section 1. Nous ne mentionnons pas le bref, puisque son existence est en sursis jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1997. La sous-section 2, que nous n'étudierons pas, prévoit des règles applicables dans les instances introduites par une requête et aux demandes présentées en cours d'instance : dans ces cas la communication «s'opère par la remise d'une copie».

15. Article 331.2 C.p.c. «Dans les instances introduites par un bref ou une déclaration, les pièces doivent être dénoncées aux parties dans un avis qui leur est transmis.  
La dénonciation n'est pas requise lorsqu'une copie des pièces est remise aux parties.  
Lorsqu'il s'agit d'une pièce au soutien d'un acte de procédure, l'avis ou, selon le cas, la copie est joint à l'acte qui est signifié.»

C.p.c., que nous étudierons lorsque nous traiterons du délai, réaffirme cette double possibilité.<sup>16</sup>

Remarquons bien cependant que cette communication ne sera complète que si la partie, à qui est communiquée l'intention au moyen d'un avis de dénonciation, n'exige pas de recevoir copie de la pièce ou ne demande pas d'y avoir accès. Cela nous amène à étudier les choix de l'autre partie.

### **2.1.2 La partie à qui est communiquée l'intention**

La partie à qui est communiquée l'intention d'invoquer une pièce lors de l'audience a le choix de se satisfaire de l'avis de dénonciation qu'elle a reçu, de demander une copie de la pièce, ou de demander d'y avoir accès.<sup>17</sup>

Le législateur n'oblige pas la partie à qui est communiquée l'intention au moyen d'un avis de dénonciation de demander une copie de la pièce. Il lui donne le droit de le faire, si elle le juge utile, mais ne l'y contraint pas; cela serait de toute façon inutile si elle avait déjà en sa possession une copie de la pièce.

Si la partie à qui est communiquée l'intention désire forcer l'autre partie à lui donner une copie de la pièce,<sup>18</sup> elle devra le faire au moyen d'une demande

---

16. On retrouve dans cet alinéa les mots «l'avis ou, selon le cas, la copie» indiquant bien qu'il y a deux choix possibles.

17. La première phrase du premier alinéa de l'article 331.3 C.p.c. est à l'effet suivant : «La partie qui reçoit un avis de dénonciation peut, par écrit, demander une copie de ce que l'autre partie lui dénonce ou demander d'y avoir accès».

18. C'est bien d'une demande de copie ou d'accès dont il s'agit à l'article 331.3 C.p.c. et non d'une demande de communication. Dans L. DUCHARME, *L'administration de la preuve*, op. cit., note 5, l'auteur écrit au numéro 479 qu'il s'agit d'un «droit d'en exiger la communication». Voir également au numéro 480 où il est écrit : «De cet article, il résulte, d'une part, que le droit à la communication d'une pièce s'exerce par une demande écrite signifiée à la partie qui a donné l'avis de dénonciation et, d'autre part, que le droit à la communication comporte le droit d'obtenir copie de la pièce qui fait l'objet de l'avis de dénonciation "ou" le droit d'y avoir accès». Aux numéros 480 à 492 l'auteur utilise l'expression «communication d'une pièce» au lieu de «demande une copie» ou «demande d'y avoir accès», expressions que le législateur a bien pris soin d'utiliser aux articles 331.3 à 331.5 C.p.c.

écrite.<sup>19</sup> Si cette demande n'est pas satisfaite dans les dix jours de sa réception par l'autre partie, la partie à qui a été dénoncée la pièce pourra présenter une requête au tribunal<sup>20</sup> afin d'obtenir un jugement qui enjoindra à la partie ayant fait la dénonciation à donner une copie de la pièce. Le défaut de se soumettre à ce jugement entraînera le rejet de la demande ou de la défense ou, à tout le moins, la radiation de certaines allégations.<sup>21</sup> Si le jugement ne peut raisonnablement être exécuté,<sup>22</sup> il faudra donner accès au document et, en cas de désaccord, le juge pourra décider comment et quand cela se fera.<sup>23</sup>

Au lieu de demander une copie du document, la partie à qui il est dénoncé peut demander d'avoir accès à ce document.<sup>24</sup> Par ailleurs, si la pièce dénoncée n'est pas un document mais un autre élément matériel de preuve,<sup>25</sup> la partie à qui est dénoncée la pièce n'aura d'autre choix que de demander d'y avoir accès. Cette demande sera formulée par écrit et, si elle n'est pas satisfaite,

- 
19. Voir le texte de la première phrase du premier alinéa de l'article 331.3 C.p.c. Le fait de faire une telle demande suspend les délais pour contester. Art. 331.4 C.p.c. «Le délai pour contester ne court pas contre la partie qui a demandé une copie d'une pièce qui lui a été dénoncée ou qui a demandé d'y avoir accès, jusqu'à ce que cette demande soit satisfaite».
  20. La deuxième phrase du premier alinéa de l'article 331.3 C.p.c. est à l'effet suivant : «Si la demande n'est pas satisfaite dans les dix jours de sa réception, la partie qui l'a faite peut, par requête, s'adresser au tribunal pour qu'il y soit donné suite».
  21. Article 331.3 al. 2 C.p.c. : «Lorsque le jugement accueillant la requête enjoint à une partie de remettre une copie des pièces ou d'en permettre l'accès dans un délai imparti et que celle-ci fait défaut de s'y conformer, la partie qui a présenté la requête peut, dès l'expiration du délai, obtenir le rejet de la demande ou de la défense ou la radiation des allégations concernées.»
  22. Par exemple s'il s'agit d'un document trop volumineux.
  23. Article 331.5 C.p.c. «La partie qui, compte tenu des circonstances, ne peut raisonnablement remettre une copie des pièces à la partie qui le demande est alors tenue de lui en donner autrement accès. En cas de désaccord des parties, il peut être demandé à un juge de décider des modalités et, s'il y a lieu, du délai de la communication». Dans L. DUCHARME, *L'administration de la preuve*, op. cit., note 5, l'auteur écrit au numéro 474 «L'article 331.5 C.p.c. exige, en principe, que la communication d'une pièce se fasse par la remise d'une copie de celle-ci [...]». Il nous semble que ce n'est pas ce dont traite cet article, lequel ne fait qu'indiquer ce qu'il faut faire quand il n'est pas raisonnable de remettre une copie à la partie qui le demande.
  24. L. DUCHARME, *L'administration de la preuve*, op. cit., note 5, no 480 : «La conjonction "ou" dans le contexte de cet article [331.3 C.p.c.] ne doit pas être interprétée comme exprimant une alternative, mais plutôt comme exprimant une dualité de droits».
  25. Un objet quelconque.

il pourra y avoir requête au tribunal,<sup>26</sup> comme dans le cas de la demande d'une copie.

Si la partie qui a communiqué son intention d'invoquer un document a choisi de le faire en remettant à la partie adverse une copie du document, cette dernière peut-elle demander d'avoir accès à l'original? L'article 331.3 C.p.c. donne, à la partie qui reçoit un avis de dénonciation, le droit de demander une copie du document ou d'avoir accès à la pièce. Le fait d'envoyer une copie constitue la manifestation d'une intention d'invoquer ce document lors de l'audience,<sup>27</sup> mais ne constitue pas un avis de dénonciation, lequel est une autre manière de communiquer son intention. Une requête basée sur l'article 20 et sur l'article 331.3 C.p.c. pourrait sans doute permettre d'avoir accès à l'original dans les circonstances.<sup>28</sup>

## **2.2 Les délais pour exercer un choix**

Le législateur impose un délai à la partie qui entend communiquer son intention, mais n'en impose pas pour permettre à celle à qui l'intention est communiquée de faire un choix.

### **2.2.1 La partie qui communique son intention**

Lorsqu'il s'agit d'une pièce au soutien d'un acte de procédure, l'avis de dénonciation, s'il ne s'agit pas d'une demande soumise à la procédure alléguée,<sup>29</sup>

---

26. L'article 331.3 C.p.c. prévoit la procédure et pour demander une copie et pour demander d'avoir accès à la pièce.

27. C'est l'un des choix de la partie qui communique son intention.

28. Dans L. DUCHARME, *L'administration de la preuve*, op. cit., note 5, l'auteur rappelle au numéro 481 que l'ancien article 82 C.p.c. prévoyait la possibilité de prendre communication d'un original lorsqu'une copie avait été produite. Cet article ayant été abrogé, l'auteur suggère que l'article 331.3 C.p.c. doit être interprété comme permettant d'avoir accès à l'original qui demeure un droit primordial.

29. C'est en janvier 1997 qu'entreront en vigueur les articles 481.1 à 481.17 C.p.c. concernant la procédure alléguée par voie de déclaration. Le nouvel article 481.4 C.p.c. prévoit à l'alinéa 3 qu'«[u]ne copie des pièces alléguées au soutien de la demande, y compris des rapports d'expertise qui appuient la demande, est jointe à la déclaration et signifiée avec celle-ci».



ou la copie de la pièce, doit être joint à l'acte au moment de sa signification.<sup>30</sup>

Si, par exemple, une partie réfère à un contrat au soutien d'une allégation de la déclaration, elle fera signifier un avis de dénonciation<sup>31</sup> du contrat, ou tout simplement une copie de ce contrat, en même temps que la déclaration. Le défaut de communiquer l'intention d'invoquer la pièce à l'audience fera naître en faveur de la partie adverse un moyen dilatoire pour obtenir, si elle le désire, communication de cette pièce.<sup>32</sup>

Dans les autres cas, puisque la sanction du défaut de communication de l'intention est l'impossibilité de produire la pièce, sauf avec l'autorisation du tribunal, c'est à la section II qui traite de la production des pièces, plus précisément à l'article 331.8 C.p.c., que l'on trouvera le délai imposé à la partie qui désire communiquer son intention d'invoquer une pièce à l'audience. Cette communication d'intention doit être faite «au plus tard 60 jours après la signification de l'avis d'inscription par l'une des parties» ou, s'il faut un certificat d'état de cause, «au plus tard 60 jours après la signification de la déclaration de mise au rôle d'audience par la partie qui y procède en premier lieu».<sup>33</sup>

---

30. Article 331.2 al. 3 C.p.c. Contra : L. DUCHARME, *L'administration de la preuve*, op. cit., note 5, au numéro 473 : «Selon nous, dès qu'une partie invoque une pièce à l'appui d'un acte de procédure, elle exprime dès lors son intention d'utiliser cette pièce en preuve, et nul autre avis ne devrait être nécessaire».

31. Dans les actions sur compte il ne faudra pas oublier de faire signifier l'état détaillé à moins qu'il ne soit incorporé dans la déclaration; art. 117 C.p.c.

32. Article 168 C.p.c. : «Le défendeur peut demander l'arrêt de la poursuite pour le temps fixé par la loi ou par le jugement qui fera droit à sa requête : [...] 8. lorsqu'il a droit d'exiger que le demandeur lui communique une pièce que ce dernier entend invoquer lors de l'audience». Dans L. DUCHARME, *L'administration de la preuve*, op. cit., note 5, l'auteur écrit au numéro 492 que ce paragraphe n'a plus sa raison d'être et aurait dû être abrogé. L'auteur ajoute : «Quoi qu'il en soit, on doit considérer que ce paragraphe est devenu lettre morte, vu qu'il ne peut plus trouver à s'appliquer». Nous ne partageons évidemment pas ce point de vue.

33. Dans L. DUCHARME, *L'administration de la preuve*, id., lorsque l'auteur écrit aux numéros 496 et suivants, les nouvelles règles de pratique de la Cour supérieure n'étaient pas connues. L'attestation n'est plus que les pièces ont été produites au dossier, puisque ce n'est qu'à l'audience que cela se fera. L'attestation du formulaire VI est à l'effet suivant : «J'atteste que toutes les pièces en la possession de la partie que je représente et qu'elle entend invoquer lors de l'audience ont été communiquées aux autres parties ou le seront conformément à l'article 331.8 C.p.c.», *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8.

À l'article 331.8 C.p.c., le législateur utilise l'expression «les pièces doivent avoir été communiquées», ce qui peut amener une confusion et conduire faussement à conclure que les pièces elle-mêmes doivent obligatoirement être remises. Tel n'est pas le cas. Il est important de se rappeler que cet article 331.8 C.p.c. n'est pas situé dans la section qui établit les règles du mécanisme de la communication des pièces. Comme le prévoit clairement l'article 331.1 C.p.c., c'est à la section I que se trouvent les dispositions qui expliquent comment se fait la communication des pièces aux autres parties à l'instance. Or, on l'a vu, cette communication des pièces est une communication d'intention qui peut être faite de différentes façons. L'article 331.8 C.p.c. n'établit pas les règles du mécanisme mais prévoit une sanction si les règles de ce mécanisme n'ont pas été respectées dans un certain délai. Lorsqu'il utilise, à cet article, l'expression «les pièces doivent avoir été communiquées», le législateur réfère nécessairement à la section I qui en prévoit les modalités.

### **2.2.2. La partie à qui est communiquée l'intention**

Le législateur n'impose pas un délai pour que réagisse la partie qui reçoit la communication de l'intention d'invoquer une pièce à l'audience. Si celle-ci désire qu'il y ait suspension de l'instance, elle devra réagir avant de contester l'acte de procédure, ce qui suppose qu'à ce moment elle sera en mesure de faire un choix, donc qu'elle aura reçu un avis de dénonciation ou une copie d'un document.

Le législateur n'impose pas non plus l'obligation que toutes les demandes de copies ou toutes les demandes d'accès aient lieu en même temps. Une partie à qui, par exemple, il a été dénoncé douze documents dans un avis, pourrait demander le lendemain une copie du document #2, la semaine suivante une copie du document #6, et l'autre semaine une copie du document #10.<sup>34</sup>

---

34. Cette question a précisément été soulevée par le député d'Anjou lors de l'assemblée plénière : voir Journal des débats, Assemblée nationale, troisième session, trente-quatrième législature, vol. 33, No 35, page 1761 «Moi, je me demande pourquoi on n'a pas cru bon de mettre une procédure qui dit : Écoutez, quand on vous dénonce quelque chose et que vous voulez avoir accès, ou qu'on vous communique des pièces mentionnées dans cette dénonciation-là, on doit le faire dans une procédure unique, dans laquelle on allègue les pièces qu'on désire se faire communiquer.»

## **Conclusion**

Il nous semble donc possible qu'un avis de dénonciation puisse constituer une communication complète. Cela sera le cas dans les instances introduites par une déclaration, lorsque la partie à qui la dénonciation a été faite, n'exercera pas le droit que lui donne le législateur de demander une copie de ce qui est alors dénoncé ou de demander d'y avoir accès. Pour les instances introduites par une requête et pour les demandes présentées en cours d'instance, la communication s'opérera «par la remise d'une copie» ou en «rendant accessible l'élément matériel».<sup>35</sup>

---

35. Article 331.6 al. 1 C.p.c.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** « L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET  
LIBERTÉS AU POUVOIR JUDICIAIRE »

**Auteur(s) :** Pierre BLACHE

**Revue :** *RDUS*, 1995-1996, volume 26, numéro 1

**Pages :** **209-212**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12864>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## «L'APPLICATION DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS AU POUVOIR JUDICIAIRE»\*

par Pierre BLACHE\*\*

Consacrer une monographie au problème de l'application de la Charte canadienne au pouvoir judiciaire exige une réelle audace. Notre Cour suprême a, en effet, indiqué fort tôt que les seuls acteurs auxquels cette nouvelle composante de la constitution canadienne s'imposait étaient les Parlements et gouvernements. Elle avait ses raisons. C'est parce qu'elle craignait qu'une extension de la portée de la Charte vers les tribunaux n'aboutisse, à terme, à y assujettir l'ensemble des rapports privés, qu'elle s'est refusée à accepter des arguments selon lesquels le pouvoir judiciaire constituait l'un des acteurs visés par l'article 32 de la Loi constitutionnelle de 1982.<sup>1</sup>

Dans ces conditions, l'on aurait pu craindre que l'auteur consacre une part disproportionnée de son essai à des questions qui sont extérieures à la problématique que commande le sujet ou qui n'en constituent pas le cœur. Ainsi en aurait-il été s'il avait inclue dans son propos, comme un cas d'application de la Charte au pouvoir judiciaire, l'action des tribunaux appliquant la Charte dans un cas d'espèce. En effet, comme la Cour suprême l'écrivait<sup>2</sup> :

«Les tribunaux sont évidemment liés par la Charte comme ils le sont par toute autre règle de droit.»

Le concept d'application de la Charte aurait pu aussi englober le rôle que jouent les tribunaux quand ils utilisent la Charte pour interpréter ou élaborer le droit, qu'il y ait ou non présence de l'un des acteurs mentionnés à son article 32. La Cour suprême avait elle-même fait allusion à cette fonction que d'aucuns

---

\*. Christian BEAULIEU, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés au pouvoir judiciaire*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1995, 179 p.

\*\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, (1986) 2 R.C.S. 573.

2. *Ibid.*, à la p. 600.

pourraient être tentés de concevoir comme une modalité d'application de la Charte aux tribunaux.<sup>3</sup>

Que le lecteur ou la lectrice se rassure. On ne trouvera pas ici de telles fuites déguisées devant les difficultés que pose à l'analyste l'ambitieuse entreprise de cerner les situations où la Charte s'applique véritablement aux tribunaux. La question étudiée est vraiment celle de savoir quand la Charte peut être utilisée comme «cause d'action» ou «moyen de défense» contre un acte d'un tribunal.<sup>4</sup> Il faut donc être reconnaissant à l'auteur de n'avoir pas évité le sujet annoncé, malgré la difficulté de la tâche qu'il a dû s'imposer.

Les qualités dont il a fait preuve dans l'attaque des problèmes qu'il n'a pas cherché à esquiver sont nombreuses. Je ne ferai que m'arrêter à certaines qui m'ont particulièrement frappé.

La première des vertus de M. Beaulieu est assurément d'avoir su situer les questions qui sont au coeur de l'ouvrage dans un large contexte. En procédant ainsi il a facilité l'appréhension de celles-ci et préparé le lecteur aux solutions qu'il préconise. La première partie de l'ouvrage témoigne de ce souci. Ainsi, son premier chapitre contient-il un exposé dont les qualités de synthèse ne sauraient être trop soulignées. On y trouvera, entre autres, une distinction essentielle entre «application normative» et «application institutionnelle» de la Charte. La Cour suprême aurait grandement facilité la compréhension des enjeux si elle avait clairement dégagé cette distinction dès l'affaire Dolphin.<sup>5</sup> Elle aurait alors pu offrir une solution qui n'autorise pas à craindre que la Charte canadienne s'applique davantage au Québec pour la simple raison que son droit civil est d'origine statutaire, et donc imputable au Parlement, l'un des acteurs nommés à l'article 32. Il n'est pas opportun de résumer ici les vues de l'auteur à ce sujet. Qu'il suffise de signaler qu'il y propose de faire découler l'application de la Charte au droit lui-même, par opposition aux institutions, de l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 plutôt que de l'article 32 de la Charte. Il s'ensuivrait que la solution ne varierait pas suivant que le droit est d'origine judiciaire ou statutaire comme le laissent croire les propos de la Cour suprême dans l'affaire Dolphin.

---

3. *Ibid.*, à la p. 603.

4. *Ibid.*, à la p. 593.

5. *Supra*, note 1.

Le second chapitre de cette partie constitue le coeur de l'étude. L'auteur y offre, en effet, une présentation du droit canadien sur l'«assujettissement de l'autorité judiciaire à la Charte». Toute personne aux prises avec un sérieux problème d'application de la Charte dans un contexte statutaire gagnera à prendre connaissance des considérations auxquelles se livre l'auteur sur la difficile question de l'application de la Charte aux agents habilités par la loi à exercer certains pouvoirs. On y apprendra, en particulier, pourquoi il s'oppose à la thèse favorisant l'application indirecte en raison de la source législative du pouvoir, et favorise l'approche directe qui oblige à démontrer l'appartenance de l'agent lui-même à l'État. On y découvrira aussi où se situe la solution canadienne en regard de celles prévalant aux États-Unis et en Inde. Mais, pour ma part, j'ai été particulièrement séduit par la thèse selon laquelle il convient, plutôt que de qualifier de judiciaire une ordonnance pour le motif qu'elle émane d'un juge, de s'attacher à l'acte même du juge, selon une approche fonctionnelle, pour décider si la Charte s'y applique ou non, selon qu'il apparaît alors comme l'exercice d'une fonction gouvernementale ou purement judiciaire. Il permet sans doute par là de rendre intelligibles des décisions de la Cour suprême qui, autrement, risquent fort de passer pour contradictoires.<sup>6</sup> Mais son plus grand mérite réside plutôt dans le fait qu'il réintroduit ainsi la cohérence dans ce domaine du droit, en soumettant à la Charte ceux des actes du pouvoir judiciaire qui sont, en réalité, le produit de l'exercice de la fonction gouvernementale.

Dans la seconde partie de l'étude, l'auteur entreprend l'exploration d'une difficulté majeure à laquelle risque de se heurter toute tentative de justifier l'application de la Charte au pouvoir judiciaire : comment concilier une telle solution avec l'immunité judiciaire. Faut-il remettre en question cette immunité pour assurer vraiment la primauté des droits et libertés? Encore ici, il faut savoir gré à l'auteur d'inscrire le problème dans un contexte qui permette véritablement d'en saisir la complexité et la gravité. Ainsi trouvera-t-on, dans le chapitre I de cette partie, un exposé fort instructif et original sur l'immunité judiciaire en tant que composante de l'indépendance judiciaire. Voici un sujet de grande actualité, et qui concerne des domaines fondamentaux de l'ordre constitutionnel. Le traitement de la question brille par la finesse des analyses autant que par l'ordre de l'exposé. Et la confrontation des thèses en présence y

---

6. On pense, en particulier, aux affaires *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique*, [1988] 2 R.C.S. 214 et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588.



est menée dans le plus grand respect des vues opposées, lesquelles ne sont pas réduites, comme il arrive trop souvent, à n'être plus que des caricatures ou des épouvantails.

Je ne puis conclure sans exprimer, encore une fois, mon admiration pour la qualité remarquable d'un essai marqué par la largeur des perspectives, la rigueur de l'analyse, et la clarté de l'exposé. Il s'agit d'une contribution exceptionnelle à l'élucidation et à la critique de ce domaine. Il reste à espérer que la lumière nouvelle projetée sur ce domaine du droit sera perçue en hauts lieux. Car c'est évidemment la meilleure façon d'en assurer les retombées parmi le commun des mortels.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** « LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE DANS LE CONTEXTE  
MÉDIATIQUE : DE WARREN ET BRANDEIS À L'INFOROUTE »

**Auteur(s) :** René PÉPIN

**Revue :** *RDUS*, 1995-1996, volume 26, numéro 1

**Pages :** 213-215

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12863>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**«LE DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE DANS  
LE CONTEXTE MÉDIATIQUE :  
DE WARREN ET BRANDEIS À L'INFOROUTE»\***

par René PEPIN\*\*

Tous s'accordent à reconnaître l'importance du droit à la vie privée, surtout à une époque où les développements technologiques la menacent de plus en plus. Pourtant, rares sont les monographies québécoises consacrées à ce sujet. Le présent ouvrage a le mérite d'exposer l'état du droit contemporain, et de le mettre en relief face à d'autres droits tels la liberté de presse et le droit du public à l'information.

En introduction, l'auteur expose pourquoi le droit à la vie privée et la liberté d'information sont considérés essentiels dans notre société. L'un et l'autre sont nécessaires à l'existence d'un état de liberté et de dignité. Mais ces deux valeurs ont été traditionnellement considérées antinomiques. La jurisprudence utilise parfois la notion de droit à la vie privée pour limiter le droit du public à l'information. C'est sur cette question que l'auteur veut se pencher. Il pose ainsi sous forme d'interrogation le sujet de son volume : «quelles sont les limites respectives du droit à la vie privée et de la liberté d'information dans le contexte médiatique québécois?».

La première partie expose l'état du droit québécois sur la vie privée jusqu'à l'entrée en vigueur des articles 35 et suivants du nouveau code civil en janvier 1994. D'une facture d'abord classique, l'auteur y rappelle les divers fondements juridiques de ce droit au Canada, puis fait un survol de la jurisprudence. Il se fait ensuite plus novateur en étudiant les quelques arrêts où les juges ont utilisé la notion du droit du public à l'information, reconnu à l'article 44 de la Charte des droits et libertés de la personne au Québec, comme l'une des limites possibles du droit à la vie privée. On constate que ce concept s'apparente beaucoup à la défense d'intérêt public, utilisée dans les litiges en matière de

---

\*. Martin MICHAUD, *Le droit au respect de la vie privée dans le contexte médiatique : de Warren et Brandeis à l'inforoute*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1996, 106 p.

\*\*, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

diffamation. Il propose ensuite, sans chercher à définir de façon absolue la notion de vie privée, un cadre permettant de cerner le contenu de cette «sphère» d'intimité qui doit nous entourer. Son contenu varierait selon les consensus sociaux existant à un moment donné. Au Québec, la jurisprudence reconnaîtrait une protection aux éléments suivants : l'intimité du foyer, l'état de santé, l'intimité corporelle, la vie conjugale et amoureuse, et l'orientation sexuelle. Le degré d'intimité auquel les gens peuvent prétendre varierait aussi selon la personne en cause. Ainsi, les personnages publics que sont les politiciens doivent s'attendre à ce que les médias puissent révéler au nom de l'intérêt public des éléments qui pour d'autres feraient partie de la vie privée. Par exemple, l'état de santé d'un premier ministre concerne à juste titre l'ensemble des citoyens.

La deuxième partie nous apparaît la plus intéressante, car elle constitue la première étude fouillée des articles 35 et 36 du code civil, relatifs au respect de la réputation et de la vie privée. Une étude historique de ces dispositions, depuis les premières recommandations de l'Office de révision du code civil en 1977, montre que le législateur était préoccupé d'encadrer les entreprises de cueillette de renseignements personnels et non pas le travail des médias. Il attire aussi notre attention sur un changement de phraséologie au premier paragraphe de l'article 36, où la version actuelle se lit : «peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée» et non «sont considérés des atteintes...». Cela est heureux, selon lui, car les juges pourront, dans chaque cas, déterminer si les agissements des médias, qui pourraient formellement avoir enfreint l'article 36, seraient justifiés par la notion de liberté d'information ou de droit du public à l'information.

Au niveau de la sanction des atteintes au droit au respect de la vie privée, l'auteur estime qu'il n'y aurait pas une grande différence entre un recours basé sur l'article 1457 du code civil ou sur la charte québécoise. On considère pourtant traditionnellement qu'une grande différence existe puisqu'en vertu de la Charte il ne serait pas nécessaire de faire la preuve d'un geste fautif. Il explique qu'à son avis le juge aura recours à un raisonnement similaire dans les deux cas. Il devra vérifier s'il y a eu intrusion dans la vie privée, tout en s'assurant que le geste en cause respectait les règles de conduite découlant de la loi, des usages ou des circonstances. Il est amené ici à utiliser les décisions du Conseil de presse du Québec. Elles sont pertinentes, selon lui, pour déterminer le «consensus social» relatif au contenu du droit à la vie privée et ses limites.

L'étude des arts. 35 ss. du code civil s'arrête naturellement aux questions juridiques plus difficiles, par exemple, la transmissibilité partielle seulement du droit à la vie privée. C'est une question pertinente, car on peut se demander, dans le cas où une atteinte à la réputation ou à la vie privée survient après le décès de la personne visée, en vertu de quoi les héritiers peuvent prétendre à un dédommagement, vu qu'au moment du décès aucun dommage n'avait été subi. À l'égard de l'article 36, l'auteur cherche à préciser l'étendue des actes ou gestes identifiés dans les 6 paragraphes, et voir s'il s'agit de droit nouveau ou d'une codification de la doctrine ou de la jurisprudence.

Notons enfin que le volume ne traite pas de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, car l'article 1(3) de cette loi exclut le matériel journalistique.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** « LA REQUÊTE EN JUGEMENT DÉCLARATOIRE EN DROIT PUBLIC QUÉBÉCOIS »

**Auteur(s) :** Geneviève CARTIER

**Revue :** *RDUS*, 1995-1996, volume 26, numéro 1

**Pages :** 217-221

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12862>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## «LA REQUÊTE EN JUGEMENT DÉCLARATOIRE EN DROIT PUBLIC QUÉBÉCOIS»\*

par Geneviève CARTIER\*\*

L'ouvrage de Danielle Grenier traite d'un recours original et complexe qui est maintenant fréquemment utilisé, non seulement en droit privé mais également en droit public : la requête pour jugement déclaratoire. Ce livre constitue la version mise à jour du mémoire de maîtrise préparé par l'auteure sous la direction du professeur Gilles Pépin, soumis en 1984 à l'Université de Montréal sous le titre *La requête en jugement déclaratoire comme moyen de mise en œuvre du pouvoir de contrôle et de surveillance de la Cour supérieure*.

L'introduction du livre nous en annonce l'objectif :

«[D]émontrer que la requête pour jugement déclaratoire a une vocation hybride, puisqu'elle permet à la Cour supérieure d'exercer efficacement sa juridiction générale et résiduaire de droit commun et qu'elle constitue, de surcroît, un outil privilégié et efficace de mise en œuvre du pouvoir de surveillance et de contrôle de celle-ci.»<sup>1</sup>

D'entrée de jeu, madame la juge Grenier souligne l'évolution «cahoteuse et laborieuse» du jugement déclaratoire au Canada, qu'elle explique principalement par le peu d'empressement des juges canadiens à se pencher sur les véritables sources de ce recours. Le recours déclaratoire est en effet d'origine anglaise. Selon l'auteure, les juges d'ici auraient eu la tâche plus facile (et le jugement déclaratoire, une évolution plus rapide, notamment en droit public) s'ils s'étaient plus abondamment inspirés du Rapport des codificateurs de même que des précédents anglais pour solutionner les importantes difficultés d'interprétation auxquelles ils étaient confrontés.

- 
1. Danielle GRENIER, *La requête en jugement déclaratoire en droit public québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, 179.
  2. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
  1. Danielle GRENIER, *La requête en jugement déclaratoire en droit public québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 2.

Ces constatations de départ forment la trame de l'ouvrage et justifient le plan utilisé. Dans la première de trois parties, l'auteure aborde la question du jugement déclaratoire en droit public anglais. Cette étude prépare le lecteur à une meilleure compréhension du contexte général de l'émergence de ce recours en Grande-Bretagne et lui permet de saisir les intentions des codificateurs québécois en 1966, qui se sont manifestement inspirés du droit anglais pour proposer l'adoption de l'article 453 du *Code de procédure civile*. La juge Grenier y brosse un tableau des origines et de l'utilisation du jugement déclaratoire, en abordant d'une part les règles générales du recours (qui tiennent principalement, en droit privé comme en droit public, à sa nature discrétionnaire) et en discutant ensuite des règles qui régissent plus spécifiquement son utilisation comme moyen de mise en œuvre du pouvoir de surveillance et de contrôle de la *High Court*. Dans les deuxième et troisième parties, l'auteure traite du jugement déclaratoire au Québec, d'abord pour en souligner les caractéristiques générales, ensuite pour se concentrer sur son utilisation en matière de pouvoir de surveillance. Les caractéristiques générales, présentées dans la deuxième partie, s'appliquent indistinctement à la mise en œuvre du pouvoir de surveillance et à celle de la juridiction de droit commun de la Cour supérieure. On y distingue la période qui a précédé l'adoption du code de 1966 de celle qui l'a suivie. La période «moderne» témoigne de l'importance de la jurisprudence en ce domaine. En effet, l'adoption des articles 55, 453 et 462 C.p.c. n'allait pas tout régler : les tribunaux allaient devoir proclamer le caractère non seulement préventif mais aussi curatif de la requête, rappeler sa nature discrétionnaire, de même que préciser l'intérêt requis pour la présenter. Les règles particulières visant l'utilisation du jugement déclaratoire en droit public, discutées dans la troisième et dernière partie, se regroupent principalement autour de la question de la coexistence de la requête pour jugement déclaratoire avec les autres recours visant la mise en œuvre du pouvoir de surveillance de la Cour supérieure. L'auteure y aborde également la question du rôle supplétif du droit anglais.

L'approche de la juge Grenier est principalement descriptive : elle présente un portrait fort complet de l'état du droit sur la question, profondément marqué par de multiples rebondissements jurisprudentiels et jalonné de questions complexes. Les résultats témoignent d'un travail de recherche et de synthèse colossal, qui assurent le lecteur d'une vue d'ensemble mais aussi de l'approfondissement de plusieurs aspects spécifiques. À l'occasion, l'auteure énonce une critique de la situation, très fréquemment pour appeler les juges à

une plus grande largesse dans l'utilisation du recours (suivant en cela l'appel du juge Pigeon dans la célèbre affaire *Duquet*<sup>2</sup>) et, pour faciliter cet objectif, à une utilisation plus libérale des précédents anglais, qu'elle justifie dans la dernière partie de son ouvrage.

Les remarques introductives de l'auteure sur la difficile évolution du jugement déclaratoire se confirment amplement dans le corps de l'ouvrage. On y constate d'ailleurs un intéressant parallèle<sup>3</sup> : pour signer l'acte de naissance officiel de ce recours, il aura fallu une règle de pratique en Grande-Bretagne et des dispositions législatives. Dans les deux cas toutefois, cela n'aura pas suffi : les réticences, voire la méfiance des juges à l'endroit du nouveau recours retarderont de plusieurs années l'arrimage de la jurisprudence aux intentions des codificateurs.

L'auteure explique cette lente évolution au Québec par une sous-utilisation du Rapport des codificateurs comme outil d'interprétation privilégié, ainsi que par la réticence des juges à tirer profit des précédents anglais.<sup>4</sup> Cette réticence s'explique elle-même par la difficulté de cet exercice pour des juristes québécois : «Dans la conception de common law, le droit découle du fait qu'un remède est accordé. Selon la conception française, le recours naît du droit».<sup>5</sup> Tout se complique du fait qu'en Grande-Bretagne, le recours déclaratoire n'est pas un recours de *common law*, mais est tributaire de l'adoption d'une règle de pratique par la *High Court*.<sup>6</sup> Il semble toutefois que l'explication fondamentale de l'évolution ardue de la requête en jugement déclaratoire réside, au Québec comme en Grande-Bretagne, dans sa *nature* particulière : «The essence of a declaratory judgement is that it states the rights or legal position of the parties as they stand, *without changing them in anyway* ; though it may be supplemented by other remedies in suitable cases.»<sup>7</sup> Il aurait été intéressant de voir cet aspect poussé plus à fond par l'auteure, qui y fait brièvement allusion dans son livre et qui en reparle dans l'affaire *A. Janin c. Allard* :

- 
2. *Duquet c. Sainte-Agathe-des-Monts (Ville)*, [1977] 2 R.C.S. 1132, à la page 1141 : «Il est évident que l'on a voulu rendre la requête largement applicable.»
  3. Danielle GRENIER, *op. cit.*, note 1, p. 47.
  4. *Id.*, p. 2.
  5. *Id.*, p. 12, note 27.
  6. *Id.*, p. 149.
  7. H.W.R WADE, *Administrative Law*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 522 (nos italiques).

«Malgré cette consécration législative dans des termes non équivoques, l'évolution du recours déclaratoire a été semée d'embûches et d'obstacles, et l'interprétation restrictive qui continue de prévaloir procède d'une difficulté de s'adapter à un système de justice qui, idéalement, devrait être exempt d'agressivité alors qu'il revêt, dans les faits, tous les aspects des recours traditionnels (contestation, enquête, audition).»<sup>8</sup>

Ce type d'exercice se distingue donc de la tâche traditionnelle des juges, et certains d'entre eux se sont montrés clairement réfractaires à son utilisation : «[Les] tribunaux ne donnent pas de consultations légales ; ils jugent les litiges».<sup>9</sup> C'est ainsi qu'une meilleure connaissance de la nature fondamentale du jugement déclaratoire et de ses caractéristiques spécifiques serait certainement propre à faciliter l'utilisation des précédents anglais par les juges québécois.

Malgré le caractère mixte du *Code de procédure civile* et sa nature «civiliste», les origines anglaises du jugement déclaratoire justifient, selon l'auteure, l'attribution d'un rôle supplétif au droit anglais, pour les questions de droit public tout autant que pour celles de droit privé. La position de l'auteure quant au rôle réservé au droit civil en cette matière gagnerait toutefois à être précisée.

Depuis sa nomination à la Cour supérieure en 1989, l'auteure devenue juge a rendu une dizaine de décisions dans le cadre de requêtes pour jugement déclaratoire.<sup>10</sup> Il est intéressant de constater que ces jugements traduisent une assurance et une cohérence qui s'inscrivent toutes dans la foulée de l'invitation à l'interprétation large proposée par madame Grenier dans son volume.

La complexité des questions que soulève la requête en jugement déclaratoire mérite sans aucune hésitation qu'on lui consacre un ouvrage entier. Le livre de Danielle Grenier constitue à ce chapitre une excellente contribution

---

8. *A. Janin c. Allard*, [1990] R.J.Q. 1056, 1058.

9. *Saumur c. P. g. Québec*, [1964] R.C.S. 252, 257, juge Tashereau, cité par l'auteure à la p. 42.

10. Notamment les affaires *A. Janin c. Allard*, [1990] R.J.Q. 1056, *Vanier c. Côté*, [1991] R.J.Q. 1083, *Droit de la famille - 2148*, [1995] R.D.F. 216, *Fitzgerald c. Université Concordia*, [1995] R.J.Q. 1388, *Société québécoise des thérapeutes en réadaptation physique c. Ordre des physiothérapeutes du Québec*, [1995] R.J.Q. 1763 et 2426-4640 *Québec inc. c. Saint-Laurent (Ville)*, [1995] R.J.Q. 2881.

à la doctrine québécoise. La parution de cette monographie marque peut-être aussi une étape dans l'évolution de la doctrine de droit public québécois qui, après avoir vu paraître des ouvrages remarquables donnant une vue d'ensemble nécessaire du droit administratif, semble maintenant vouloir s'engager dans le traitement approfondi d'aspects plus spécifiques de ce domaine complexe. L'ouvrage est à jour en 1995.